Besitzerwerb und Besitzwille

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Erlangen

vorgelegt von

Günter Friese, Gerichtsreferendar

aus **Berlin - Britz,** Chausseestraße 111

Tag der mündlichen Prüfung: 17. 2. 1937

1937

Verlags- und Dissertationsdruckerei Carl Beck, Eisfeld i. Thür.

1937/287

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis

Achilles, (herausgegeben von Dr. M. Greiff), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 13. Aufl., 1930, Berlin und Leipzig.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe, in Arch.bürg.Recht, Bd. 17, S. 1 ff.

Altsmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 13. Aufl., Berlin, 1922.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. In Jher. Jahrb., Bd. 48, S. 101 ff.

Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. Leipzig, 1905 in den Rostocker Rechtswiss. Studien, herausgegeben von Matthiaß und Geffcken.

Bär, Die dingliche Rechtslage der Zusendung unbestellter Waren. Diss. Gießen, 1934.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 645 ff.

Beer, Zusendung unbestellter Waren, in DJZ 1901, S. 431 ff.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 28 ff.

Bendix, Die Besitzlehre nach dem BGB unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, in Das Recht 1900, Bd. IV, S. 45 ff., 69 ff.

Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes, Diss. Rostock, 1905.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1. Abtlg., 1885, Berlin.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 3. Buch, 3. Aufl., 1914, Berlin.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, herausgegeben von Dr. Perl und Ludwig Wreschner, (I).

de Boor, (Sachen-, Familien- und Erbrecht). Bürgerliches Recht, Berlin und Wien 1930.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Ein Beitrag zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches, Tübingen, 1910.

Bunsen, Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche, in ArchbürgRecht, Bd. 23, S. 70 ff.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd., Sachenrecht, Rostock, 1892.

Burghoff, Der Besitzwille, Diss., Greifswald, 1900.

Cosack und Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 7. u. 8. Aufl., Jena 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, III. Bd., 1905, Tübingen.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB, 4. Aufl., 1896.

Dernburg, (unter Mitwirkung von Biermann), Pandekten, I. Bd., 7. Aufl., 1902, Berlin.

Dernburg, Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Halle, 1908.

Ebbecke, Besitzstand, in Das Recht, Bd. 17, S. 261 ff.

Eck (R. Leonhard), Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1. und 2. Aufl., Berlin, 1904.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. I. Bd.: Das rechtswirksame Verhalten, Berlin, 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Abtlg., Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III. Bd.: Das Sachenrecht (von Martin Wolff), 9. Bearbtg., 1932, Marburg.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Lesung, Berlin, 1888, 2. Lesung, Berlin, 1895, u. 4. Aufl., Berlin, 1896.

Fischer-Henle-Titze, Bürgerliches Gesetzbuch (Handausgabe), 14. Aufl., 1932, München.

Frank, C., Der Besitzwille nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bonn, 1898.

Gengler, Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 4. Aufl., 1892, Erlangen und Leipzig.

Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1858, Jena.

Gierke, O. von, Deutsches Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht, Leipzig, 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd.: Sachenrecht, Berlin, 1912.

Goldschmidt, Levin, Studien zum Besitzrecht. In Festgabe für Rudolf von Gneist zum Doktorjubiläum, Berlin, 1888.

Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I, 1927.

Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen, 1930.

Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin und Leipzig, 1924. (In der Reihe: Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. III).

Heusler, Die Gewere, 1872, Weimar.

Hirschowitz, Möglichkeit und Haftungsfolgen eines Besitzerwerbs ohne Willen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Borna-Leipzig, 1908.

Höpker-Aschoff, Besitzwille und Eigenbesitz. Diss. Herford (Bonn), 1907.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. 1894, Bern.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930, Leipzig.

Jhering, von, Der Besitzwille, Jena, 1889.

Josef, Die Zusendung unbestellter Waren zur Ansicht, in DJZ 1901, S. 383 ff.

Jung, Bürgerliches Recht. 1931.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena, 1900.

Koch, Kommentar zum ALR für die preußischen Staaten, I. Bd., 8. Aufl., 1884. Berlin und Leipzig.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 2. Teil, 1919.

Korn, Handbuch des Zivilrechts, 2. Aufl., 1927.

Kress, Besitz und Recht, eine zivilrechtliche Abhandlung, Nürnberg und Leipzig 1909.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB (Kommentar), Leipzig, 1906.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl., 1929.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Teil, 1899, Berlin.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, Berlin, 1904.

Leonhard, Franz, Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Auflage., 1926.

Leonhard, Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig, 1899.

Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Bd., Sachenrecht, Berlin, 1925.

Loewenwarter, Wegweiser durch das BGB, 10. bis 12. Aufl., 1929.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem BGB und der GBO für das Deutsche Reich, 2. Aufl., 1906.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Berlin, 1907.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. u. 7. Aufl., 1914, Berlin.

Meisner, Das Sachenrecht, Kommentar zum dritten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Breslau, 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, III. Bd., Sachenrecht, 1888.

Müller, Georg, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, Berlin und Leipzig, 1936. (In der Reihe: Grundriß-Kommentare, herausgegeben von Sattelmacher).

Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, I. Bd., 2. Aufl., 1904.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, I. Bd., (1. bis 3. Buch), 6. Aufl., 1912, Berlin.

Petzal, Ist zum Besitz und Eigenbesitz begrifflich ein Wille erforderlich? Diss. Rostock, 1914.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. Bd., 3. Aufl., 1906.

Planck (Brodmann-Strecker), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Bd., 1. Hälfte, 5. Aufl., 1933.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, Sachenrecht, 1899.

Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bonn, 1901.

Rechtsprechung, Die, der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann.

Reichsgerichtsrätekommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht, III. Bd., 8. Aufl., 1934.

Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschnitt IV. 2. Der Besitzwille, 1910.

Rosenberg, Sachenrecht, 1919.

Rotering, Aus der Lehre vom Besitze, ArchivbürgR., Bd. 27, S. 55 ff.

Roth, System des deutschen Privatrechts, 3. Teil, Sachenrecht, 1886, Tübingen.

Savigny, Friedr. Carl von, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., (von Dr. Adolf Friedrich Rudorff), 1865, Wien.

Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921, Stuttgart.

Schröder, Der Besitzwille, Diss. Marburg, 1933.

Schwerin, Cl. von, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1928, Berlin und Leipzig.

Sebastian, Die Bedeutung des Willensmomentes beim Erwerbe und beim Verluste des Besitzes nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Greifswald, 1915.

Siméon-David, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 2. Hälfte, 14. u. 15. Aufl., 1929.

Soergel, (Kommentar) Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Aufl., 1931, Stuttgart.

Sokolowski, von, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen Bürgerlichen Gesetz, Halle, 1907. (2. Band der Philos. i. Privatr.).

Staudinger, von, (Loewenfeld, Riezler), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, I. Bd., Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1925, München, Berlin und Leipzig; III. Bd., 1. Teil, §§ 854 bis 1017 (Kober), 10. Aufl., 1935.

Stemann, Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes, Diss. Rostock, 1903.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB, in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 1 ff., insbesondere S. 66 ff. und S. 71 ff.

Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB, Diss. Freiburg i. Br., 1900.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1906.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 2. Aufl., 1930.

Wendt, Besitz und Besitzwille, in Gießener Festschrift, 1907.

Wilhelm, Die Rechtslage bei Zusendung unbestellter Bücher, Diss. Jena, 1933.

Windscheid (bearbeitet von Th. Kipp), Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd., 9. Aufl., 1906.

Wolf, B., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl., 1913, Halle.

Zitelmann, Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, in Jherings Jahrb., Bd. 70, S. 1 ff.

Gliederung

Seite

A. Einleitung.

Feststellung des Hauptinhaltes und Abgrenzung des Themas gegenüber verwandten Themen . 1

B. Ausführung.

I. Kurzer geschichtlicher Überblick über die Auffassungen vom Besitzerwerb 8

1. Der Besitzerwerb nach römischem Recht 8

2. Der Besitzerwerb nach deutschem Recht 11

3. Der Besitzerwerb nach dem preuß. ALR. 15

II. Die Stellungnahme des BGB's und seiner Materialien zu der Frage des Besitzerwerbs 17

III. Die Stellungnahme des Schrifttums zu der Frage des Besitzerwerbs 29

1. Die uns entgegengesetzten Theorien vom Besitzerwerb 29

2. Zusammenfassender Überblick über die von uns vertretene Theorie vom Besitzerwerb 52

3. Die mit uns übereinstimmenden Theorien vom Besitzerwerb 56

4. Die Lösung einiger im Schrifttum gebildeter Fälle im Sinne unserer Theorie vom Besitzerwerb 62

IV. Die Stellungnahme der Rechtsprechung zu der Frage des Besitzerwerbs 68

C. Schlußbetrachtung 72

A. Einleitung.

Feststellung des Hauptinhaltes und Abgrenzung des Themas gegenüber verwandten Themen.

Wir haben uns die Aufgabe gestellt, die Frage, ob zum Erwerbe des Besitzes ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist, nach Maßgabe des Gesetzes und seiner Materialien unter Heranziehung der in der Rechtsprechung und Wissenschaft vertretenen Auffassungen darzustellen.

Wir begeben uns damit auf ein außerordentlich umstrittenes Gebiet. Im Schrifttum stehen, rein zahlenmäßig gesehen, im wesentlichen etwa 35 Stimmen, die einen Besitzerwerb auch ohne Besitzwillen für möglich halten, 30 Stimmen gegenüber, die zum Erwerbe des Besitzes stets einen entsprechenden Besitzwillen verlangen. Die im Gesetz selbst vertretene Auffassung ist zweifelhaft; das Gesetz kann nach beiden Seiten hin ausgelegt werden und wird daher auch von den Vertretern beider Anschauungen als mit ihrer eigenen Auffassung übereinstimmend und für die Richtigkeit ihrer Auffassung Beweis erbringend herangezogen. Die Rechtsprechung steht im wesentlichen auf dem Standpunkt, daß zum Besitzerwerb ein entsprechender Besitzwille erforderlich sei.

Nach dem gegenwärtigen Stande des Meinungsstreites kann daher eine endgültige Lösung der Streitfrage in absehbarer Zeit nicht erwartet werden, zumal man bei dem etwa gleich starken Verhältnis der sich gegenüberstehenden Meinungen nicht einmal ohne Bedenken von einer nach einer Richtung ausgestalteten herrschenden Lehre sprechen kann. Freilich berufen sich einige Schriftsteller auf eine solche, oder erwähnen sie als ihrer eigenen Auffassung entgegenstehend, ohne jedoch für ihre Existenz in überzeugender Weise Beweis anzutreten. Wenn man berücksichtigt, daß sich die

entgegengesetzt denkenden Schriftsteller etwa gleich stark gegenüberstehen, so könnte allenfalls von der Ansicht, der sich die Praxis angeschlossen hat, als von der herrschenden gesprochen werden.

Unser Thema „Besitzerwerb und Besitzwille" beschränkt sich von vornherein auf den beim Erwerbe, d. h. beim Entstehen des Besitzes, möglicherweise erforderlichen Willen. Der Ausdruck „Besitzwille" ist also insofern ungenau, als mit diesem Worte sowohl der Besitzerwerbswille als auch der Wille, den einmal erworbenen Besitz auch auszuüben, d. h. der Besitzerhaltungswille, gemeint sein kann.

Unsere Aufgabe besteht darin, zu untersuchen, ob und inwieweit beim Besitzerwerb ein entsprechender Wille, also ob und inwieweit ein Besitzerwerbswille erforderlich ist.

Die Klärung der Frage, ob und inwieweit ein Besitzerhaltungswille, oder auch nur ein speziell auf jede konkrete Sache sich erstreckendes oder lediglich generell für erforderlich zu haltendes Wissen um den einmal erworbenen Besitz für den Bestand des Besitzes vorhanden bleiben muß, gehört daher nicht mehr zum Kern unserer Aufgabe; diese Frage kann nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für unser Thema unmittelbar von Bedeutung ist. Das Gleiche gilt auch von der Klärung der beim Verlust des Besitzes auftauchenden Problematik.

Daß ferner der Kern unseres Themas die Frage des Erwerbes des unmittelbaren Besitzes betrifft, ergibt sich schon daraus, daß die Frage, ob zum Erwerbe des mittelbaren Besitzes ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist, deshalb nicht die gleiche Beachtung verdienen kann, weil der mittelbare Besitz in den weitaus meisten Fällen lediglich auf Grund eines zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber des unmittelbaren Besitzes geschlossenen Vertrages in der Person des Veräußerers entsteht, mithin die Fassung und erkennbare Äußerung eines entsprechenden Besitzerwerbswillens in der Person des Veräußerers mit Naturnotwendigkeit voraussetzt.

Die gesamte, mit dem Entstehen des mittelbaren Besitzes zusammenhängende Problematik bildet sozusagen eine Welt für sich; ihre Behandlung muß daher Sonderbearbeitungen überlassen bleiben.

In noch weitgehenderem Maße als beim Erwerbe des mittelbaren Besitzes ist beim abgeleiteten Erwerbe des unmittelbaren Besitzes die Bedeutung der Frage nach der Notwendigkeit eines entsprechenden Besitzerwerbswillens gering zu bewerten. Der abgeleitete Erwerb des unmittelbaren Besitzes kann ohne die Fassung und erkennbare Äußerung eines entsprechenden Besitzwillens nicht zustande kommen, da es sich bei dieser Art des Besitzerwerbes um eine Besitzübertragung handelt. Die Besitzübertragung aber setzt den Abschluß eines Besitzübertragungsvertrages voraus, das Zustandekommen dieses Vertrages jedoch, welche Rechtsnatur auch immer man ihm beilegen will, das Fassen und erkennbare Äußern eines entsprechenden Willens in Form von Angebot und Annahme.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Erwerber des ursprünglichen unmittelbaren Besitzes diesen als Eigenbesitzer oder als Fremdbesitzer erwerben wollte; die für das Entstehen des Eigen- oder Fremdbesitzes erforderliche innere Willenseinstellung des Erwerbers ist für die Frage des ursprünglichen Erwerbs des unmittelbaren Besitzes als solchen unerheblich. Dabei muß betont werden, daß ähnlich, wie beim abgeleiteten Erwerbe des unmittelbaren Fremdbesitzes, so auch beim ursprünglichen Erwerbe des unmittelbaren Fremdbesitzes ein Entstehen dieses Besitzes ohne entsprechenden Besitzwillen nicht vorstellbar ist, weil zum Erwerbe des Fremdbesitzes das Wissen und Wollen des Erwerbers im Sinne eines Handelns für einen anderen naturnotwendig erforderlich ist; z. B. der ehrliche Finder nimmt eine verlorene Sache für den Verlierer in Besitz und geht mit ihr entweder zu dem ihm bekannten Verlierer selbst oder zum Fundbüro. Sehr zweifelhaft ist hierbei die Frage, ob durch das Aufnehmen der verlorenen Sache in der Absicht, sie bis zur Abgabe bei dem Verlierer oder im Fundbüro für den Verlierer als ursprünglicher unmittelbarer Fremdbesitzer zu besitzen, zwischen dem Finder und Verlierer ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB entsteht. Das nehmen einige Schriftsteller an [1]). Dieser Konstruktion kann jedoch von uns aus nicht beigetreten werden. Es sei schon an dieser Stelle die von uns vertretene Ansicht hervorgehoben, daß zum Erwerbe des unmittelbaren Besitzes

1) Sebastian, S. 47 f.

stets ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist. Was vom Erwerbe des unmittelbaren Besitzes gilt, muß auch vom Erwerbe des mittelbaren Besitzes gelten. Entstünde bei der Ansichnahme der gefundenen Sache durch einen redlichen Finder in der Person des Verlierers mittelbarer Eigenbesitz, so würden wir es hier mit einem Erwerbe mittelbaren Besitzes ohne Wissen und Wollen des Erwerbers zu tun haben. Der Einwand, daß man den Besitzerwerbswillen in der Person des Verlierers in solch einem Falle doch als selbstverständlich vorhanden unterstellen könne, da jeder Verlierer wohl den Willen haben wird, die verlorene Sache wieder in seinen Besitz zu bekommen, kann an sich zwar von uns nicht entkräftet werden. Ohne Frage liegt regelmäßig in der Person des Verlierers der Wille, die verlorene Sache wiederzuerwerben, vor. Wie sich aber aus der von uns in Abschnitt III der Arbeit aufgestellten Theorie vom Besitzerwerb ergibt, genügt das Vorhandensein des Besitzerwerbswillens nicht; es ist vielmehr erforderlich, daß der Besitzerwerbswille auch in erkennbarer Weise geäußert wird. Von diesem formalen Erfordernis kann mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit unserer Lehre und die Sicherheit ihrer praktischen Anwendung auch in den Fällen nicht Abstand genommen werden, in denen der Besitzerwerbswille zwar nicht erkennbar geäußert worden ist, aber aller Wahrscheinlichkeit nach faktisch vorhanden sein wird. Die nähere Ausgestaltung und Begründung dieser Lehre wird in Abschnitt III der Arbeit dargestellt werden.

Da bei dem bloßen besitzlosen Dasein einer verlorenen Sache, z. B. dem Daliegen eines verlorenen Ringes auf der Straße, zwar regelmäßig das Vorhandensein des Wiedererwerbswillens vermutet werden kann, in dem bloßen Daliegen der Sache jedoch der Wiedererwerbswille noch nicht in erkennbarer Weise geäußert enthalten ist, wie z. B. in dem an der Wohnungstür angebrachten Briefkasten (vgl. Abschnitt III der Arbeit), so kann in solch einem Falle kein Erwerb mittelbaren Eigenbesitzes in der Person des Verlierers im Sinne des § 868 BGB angenommen werden. Das bloße Daliegen einer verlorenen Sache enthält keinen in erkennbarer Weise geäußerten Besitzerwerbswillen, wie etwa das bloße Daliegen einer Wildfalle mit darin befindlichem Wild. In letzterem Falle muß unmittelbarer ursprünglicher Besitzerwerb in der Person des Fallenstellers angenom-

men werden (näheres vgl. Abschnitt III der Arbeit), im ersteren Falle jedoch kann ein Erwerb mittelbaren Eigenbesitzes in der Person des Verlierers nicht angenommen werden. Durch das Ansichnehmen der verlorenen Sache durch einen redlichen Finder für den Verlierer entsteht mithin zwischen Finder und Verlierer kein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. Insoweit kann die besitzrechtliche Spezialfrage, ob ein dem § 868 BGB entsprechendes Besitzmittlungsverhältnis überhaupt einseitig begründet werden kann, unerörtert bleiben.

Im Sinne dieser Lösung ist auch die Frage, ob man den redlichen Finder, der doch keineswegs für sich besitzen will, überhaupt noch als „Fremdbesitzer" bezeichnen kann, zu beantworten. Fremdbesitzer im technischen Sinne des § 868 BGB ist der Finder nicht, weil ihm kein Eigenbesitzer gegenübersteht, dem er den Besitz im technischen Sinne vermittelt. Er ist aber auch, wie wir sahen, nicht Eigenbesitzer, da er die subjektiven Voraussetzungen des § 872 BGB nicht erfüllt. Man wird ihn daher als einen Fremdbesitzer sui generis hinstellen müssen, ähnlich, wie man ja auch das Verwahrungsverhältnis, das durch das Ansichnehmen der Sache durch den redlichen Finder zwischen diesem und dem Verlierer entsteht, nicht als ein Verwahrungsverhältnis im technischen Sinne des § 688 BGB, sondern lediglich als ein Verwahrungsverhältnis sui generis bezeichnen kann, da ein echtes Verwahrungsverhältnis gemäß § 688 BGB nur durch Vertrag, nicht aber auch durch einseitige Handlungen entsteht. Wie sich in dem bloßen Daliegen der verlorenen Sache kein rechtlich beachtlicher Besitzerwerbswille des Verlierers verkörpert, so kann man auch nicht etwa annehmen, daß in dem bloßen Daliegen der verlorenen Sache eine Offerte seitens des Verlierers ad incertam personam, die verlorene Sache für den Verlierer in Verwahrung zu nehmen, in erkennbarer Weise verkörpert enthalten sei. Das bloße Daliegen der verlorenen Sache enthält keine erkennbar verkörperte Besitzerwerbsbereitschaft, wie das bloße Daliegen eines Stück Wildes in einer die Besitzerwerbsbereitschaft zweifelsfrei in erkennbarer Weise verkörpernden Wildfalle. Der bloße Wunsch des Verlierers oder sein regelmäßig vorhandener Wiedererwerbswille allein ohne entsprechende erkennbare Verkörperung der Außenwelt gegenüber genügen also in

keinem Falle. Wie wollte man z. B. auch einem alten, im Walde liegenden Schirm ansehen, ob er derelinquiert oder verloren ist, und wenn er verloren ist, ob er dann vom Verlierer noch wiedererworben werden will oder schon nicht mehr. Wo kämen wir hin, wollten wir hier, den Boden klarer und sicherer Konstruktion verlassend, je nach Lage des Falles in dem bloßen Daliegen des Schirmes den Dereliktionswillen, den nach Verlust entstandenen Verzichtswillen oder den Wiedererwerbswillen erkennbar verkörpert sehen!

Beim ursprünglichen Erwerbe eines derartigen unmittelbaren Fremdbesitzes eigener Art kann außerdem streitig sein, ob und inwieweit der vorhandene Wille, für einen andern zu besitzen, in allgemein erkennbarer Weise zum Ausdruck kommen muß, wobei im Gebiete des Zivilrechts allzu strenge Anforderungen wohl nicht aufgestellt werden dürfen; ähnlich auch im Gebiete des Strafrechts, wo z. B. die Zueignungshandlung bei der Fundunterschlagung erst dann als erfolgt angesehen werden kann, wenn sie in äußerlich erkennbarer Weise vorgenommen worden ist. Ohne das Vorliegen besonderer, die Zueignungsabsicht zweifelsfrei zum Ausdruck bringender Handlungen muß sowohl im Gebiete des Zivilrechts wie auch im Gebiete des Strafrechts dem Finder grundsätzlich die Absicht, die Sache beim Fundbüro oder beim Verlierer abzugeben, unterstellt werden. So darf insbesondere in dem Hineinstecken der verlorenen Sache in die eigene Manteltasche oder in ein sonstiges eigenes Aufbewahrungsbehältnis unter keinen Umständen schon eine, die Zueignungsabsicht verkörpernde Handlung erblickt werden, da ja auch der redlichste Finder die verlorene Sache bis zu ihrer Abgabe zunächst bei sich behalten und gut verwahrt transportieren muß.

Der ursprüngliche Erwerb des unmittelbaren Fremdbesitzes sui generis kommt praktisch keineswegs so häufig vor wie der ursprüngliche Erwerb des unmittelbaren Eigenbesitzes.

Somit besteht unsere Aufgabe im wesentlichen darin, unter Auseinandersetzung mit den im Gesetz und seinen Materialien, in Rechtsprechung und Wissenschaft niedergelegten Gedanken durch Schaffung einer nach Möglichkeit wissenschaftlich unanfechtbaren und praktisch verwendbaren Theorie die Frage zu klären, ob

und inwieweit zum ursprünglichen Erwerbe des unmittelbaren Eigenbesitzes ein entsprechender Besitzerwerbswille erforderlich ist; dabei wird es sich weiterhin lediglich um den Erwerb von beweglichen Sachen handeln, da das Problem, ob zum Erwerbe von unbeweglicher Sachen ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist, deshalb nicht auftreten kann, weil der ursprüngliche Erwerb eines Grundstückes ohne Wissen und Wollen außerhalb des durch § 857 BGB geregelten Erbganges überhaupt nicht vorstellbar ist.

Nachdem wir somit den Kern und die Grenzen des uns gestellten Themas festgestellt haben, soll noch auf die Themen hingewiesen werden, die mit dem unsrigen verwandt sind und sich demgemäß mit ihm teilweise decken. Es sind dies zunächst alle die Abhandlungen, die sich mit dem Erwerb, Bestand und Verlust des mittelbaren Besitzers beschäftigen. Sodann die, in denen das Wesen des die Übertragung des Besitzes bewirkenden Vertrages untersucht wird. Sodann die, die den Besitzerwerb an unbestellten Zusendungen zum Gegenstande einer Sonderuntersuchung machen, die, die sich mit dem Besitzerwerb durch dritte Personen beschäftigen, und endlich die, die das Problem des Besitzerwerbes lediglich rechtshistorisch behandeln, z. B. die im römischen Recht geltenden Grundsätze über den Besitzerwerb oder die über das Wesen der deutschrechtlichen Gewere vorhandenen Anschauungen untersuchen.

Alle diese Themen können von uns mit Rücksicht auf die inhaltliche Einheitlichkeit und Geschlossenheit der Arbeit einerseits und mit Rücksicht auf ihren Umfang andererseits nur insoweit gestreift werden, als ihre Berücksichtigung zur Klärung unserer eigenen Streitfrage unbedingt erforderlich erscheint.

Bevor wir nunmehr mit der Darstellung der in dem Bürgerlichen Gesetzbuch und in seinen Materialien als Auffassung des Gesetzes selber sich über die Frage des Besitzerwerbes findenden Gedanken beginnen, wollen wir zunächst einen kurzen Blick auf die Stellung werfen, die das römische und das deutsche Recht zu unserem Problem einnahmen.

B. Ausführung.

I. Kurzer geschichtlicher Ueberblick über die Auffassungen vom Besitzerwerb.

1. Der Besitzerwerb nach römischem Recht.

Die im römischen Recht vertretene Auffassung vom Besitzerwerbe finden wir unter anderem bei Paulus, Dig. 41, 2, 3, 1, wo es heißt:

„Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore."

Nach römischem Recht trat also Besitzerwerb nur beim Vorliegen von corpus und animus ein, d. h. ein Besitzerwerb ohne entsprechenden Besitzwillen war nicht möglich. [1]).

Unter corpus ist dabei der rein äußere objektive Tatbestand des Besitzes, die tatsächliche Gewalt im Sinne der Beherrschungslage zu verstehen. Doch verstand man darunter auch schon in Rom nicht lediglich die streng unmittelbare Herrschaft über die Sache im Sinne eines dauernden, unmittelbaren Näheverhältnisses zwischen Person und Sache, sondern eine Herrschaftslage, wie sie im täglichen Leben, der Verkehrsanschauung entsprechend, als tatsächliche Herrschaft angesehen und gewürdigt wurde. Heißt es doch bei Paulus, Dig. 41, 2, 3, 1:

„Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere."

Wir sehen also, daß die bloße Möglichkeit, seine tatsächliche Herrschaft auf das Ganze auszudehnen, bereits für den Begriff der tatsächlichen Herrschaft über

1) Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 177f., S. 408f.; Savigny, § 9, S. 109ff.

alles ausreicht. Durch die Gegenwart auf einem Teile des Grundstückes ist die Möglichkeit gegeben, nicht nur auf diesem Teile, sondern auch auf den übrigen Teilen seine Herrschaft durch Fernhaltung Dritter faktisch zum Ausdruck zu bringen. Daß somit so etwas Ähnliches wie eine symbolisierte, idealisierte, mindestens aber als lediglich generell zu bezeichnende Beherrschungsmöglichkeit für den Begriff der tatsächlichen Gewalt als ausreichend empfunden wurde, ergibt sich u. a. auch aus folgender Stelle der Digesten: Dig. 46, 3, 79:

„Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est."

Entspricht der Begriff des römischen Corpus mithin etwa dem, was wir heute unter Entstehen und Bestehen der tatsächlichen Raumlage verstehen, so ist der Begriff des animus als das zu der objektiven Raumlage hinzutretende subjektive Moment des Besitzwillens aufzufassen. Besitz entsteht und besteht nur beim Vorliegen sowohl des objektiven wie des subjektiven Tatbestandes. Corpus und animus sind zwei selbständig nebeneinander erforderliche Elemente des Besitzerwerbes und Besitzbestandes. Dabei muß nach Savigny [2]) und der herrschenden Lehre, deren Ausführungen mit unserer Auffassung insoweit übereinstimmen, zwischen dem animus possidendi und dem animus domini unterschieden werden. Sowohl der animus possidendi als auch der animus domini sei Besitzwille; aber nur der letztere verschaffe Besitz im juristischen Sinne, d. h. rechtlich geschützten Besitz; er sei erforderlich und genügend, darüber hinaus sei die opinio domini, d. h. die Überzeugung des Besitzers, wirklich Eigentümer zu sein, nicht erforderlich, um rechtlich geschützter Besitzer zu werden und zu sein. Deshalb hatte z. B. der Dieb, wissend, daß er unrechtmäßiger Besitzer war, als Eigenbesitzer den

---

2) S. 109f., insbes. S. 110. a. M. von Jhering S. 341f, insbes. S. 356, der für die Frage, ob geschützter oder ungeschützter Besitz vorliegt, im wesentlichen nicht das Wissen und Wollen des Inhabers als vielmehr die causa possessionis maßgebend sein lassen will; a. M. als Savigny auch Dernburg, Pand. Bd. I, § 172, S. 400f.

vollen juristischen Besitz und genoß somit die Besitzschutzrechte. Da er den animus domini, den Eigenbesitzwillen des echten Eigentümers nicht haben konnte, nannte man den von ihm betätigten Eigenbesitzwillen auch animus rem sibi habendi.

Besitzer im juristischen Sinne waren aber auch noch, obwohl sie nicht Eigenbesitzer waren, da sie für einen anderen besaßen, unter bestimmten Voraussetzungen der Pfandgläubiger, der Prekarist, der Sequester, der Emphyteuta und der Superfiziar [3]).

Alle übrigen Fälle der tatsächlichen Beherrschung einer Sache galten nicht als juristischer, d. h. als rechtlich geschützter Besitz. Im gemeinen Recht nannte man diese Form des tatsächlichen räumlichen Verhältnisses zwischen Person und Sache Detention, Innehabung [4]).

In welchen Fällen ein derartiges räumliches Verhältnis vorlag, ergibt sich u. a. aus folgender Stelle der Digesten: Dig. 41, 2, 1, 3:

„Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat."

Bloße Detentoren waren ferner auch z. B. der Mieter, der Pächter, der Entleiher; der juristische Besitz blieb hier beim Vermieter, Verpächter, Verleiher [5]).

Gleiches gilt auch von der tatsächlichen Herrschaft, die der Sklave, und ursprünglich auch von der, die das Hauskind innehatte. Beide waren zwar willensfähig, d. h. konnten sehr wohl den animus possidendi, nicht aber den animus domini haben, da sie als nicht voll Handlungsfähige kein Eigentum erwerben und somit einen Willensentschluß, wie ein Eigentümer zu einer Sache zu stehen, auch nicht fassen konnten.

Gerade auch aus der zuletzt zitierten Stelle der Digesten ergibt sich die hohe Bedeutung, die die Römer dem animus als der Voraussetzung des Besitzerwerbes und Besitzbestandes beilegten.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nach römischem Recht zum Erwerbe des Besitzes stets ein

---

3) Dernburg, Pand., I. Bd., § 173, S. 402ff.
4) Dernburg, Pand., I. Bd., § 174, S. 404f.
5) anders im Deutschen Privatrecht, vgl. Haff, Bd. I, § 35, A. II, 1, S. 125.

entsprechender Besitzwille erforderlich war, sei es, daß der voll geschützte juristische Besitz oder seine schutzlose Unterart, die bloße Detention, erworben wurde, und der Besitzwille demgemäß als animus domini, bezw. für den Fall, daß der Wille, die Sache als Eigentümer zu besitzen, nicht wirksam gefaßt werden konnte, wie z. B. vom Diebe gegenüber der gestohlenen Sache, als Eigenbesitzwille besonderer Art, sog. animus rem sibi habendi oder endlich als bloßer animus possidendi in Erscheinung trat.

2. Der Besitzerwerb nach deutschem Recht.

Ist schon der römischrechtliche Begriff des juristischen, d. h. rechtlich geschützten Besitzes streitig und in seinen Voraussetzungen und in seinen Grenzen aus den Quellen nicht mit völliger Deutlichkeit erkennbar, so ist dies leider in noch erhöhterem Maße bei der deutschrechtlichen Gewere der Fall. Der Begriff der Gewere ist derart vielgestaltig und umstritten, daß eine auch nur annähernd vollständige Darstellung des Begriffes und der verschiedenen Arten der Gewere über den uns durch unser Thema gebotenen Rahmen der Arbeit bei weitem hinausgehen würde. Wir sind daher gezwungen, uns auf einen ganz begrenzten Auszug aus den im Schrifttum über den Begriff der Gewere vertretenen Ansichten zu beschränken und eine eingehende Darstellung des Begriffs und der Arten der Gewere rechtshistorischen Spezialarbeiten zu überlassen.

Das Wort Gewere hängt mit wasjan, vestire zusammen und ist wahrscheinlich ehemals zunächst in Verbindung mit dem Haben von Kleidern und ähnlichen Sachen oder aber noch wahrscheinlicher im Sinne von Bekleiden mit einem Rechte vorgestellt worden [6]). Die Gewere entspricht etwa unserm heutigen Besitz, deckt sich aber keineswegs mit diesem, da sie weiterreicht [7]). Sie liegt dann vor, wenn jemand die Beherrschungsmöglichkeit über eine Sache hat. Unter Beherrschungsmöglichkeit im Sinne der Gewere ist aber vor allem die Nutzungsmöglichkeit bei Grundstücken, das Vorliegen des Gewahrsams bei beweglichen Sachen zu verstehen [8]). So heißt

6) vgl. Haff, § 35, A, I, S. 124.
7) ebenso Hedemann, § 43, III, a, S. 438.
8) vgl. Müller I, 2, A, a, S. 7.

es im Sachsenspiegel, Lehnrecht Art. 189, 14, § 1 vom Gût:

„Swer daz in nut unde in gelde hât unde den tzins dâ ûz nymt, is sî wîph oder man, de hât de gewere dâ an, ..."

Und ferner im Richtst. Landr. Kap. 26 § 6:

„. . . so vrag we an deme gude te rechte were hebbe.

So vintme, de it in nut unde in gelde hebbe."

Der Begriff der Gewere wurde stark von der äußeren wirtschaftlichen Seite aus gesehen [9]). Gerber [10]) definiert sie als „die formelle rechtliche Substanz, welche zu einem tatsächlichen Verhältnisse der angegebenen Art" (d. h. dem Verhältnis einer Person zu einer Sache) „hinzutritt, um es als rechtlich zu schützendes zu bezeichnen".

Nach Huber [11]) setzt sich die Gewere aus zwei Elementen zusammen: „. . . aus der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache und aus der Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache. Das dingliche Recht ist mithin stets wenigstens der Behauptung nach bei der Gewere vorausgesetzt. Was die Gestalt einer Gewere angenommen hat, muß ein dingliches Recht bedeuten, und was nicht in einer Gewere tatsächlichen Ausdruck finden kann, ist kein dingliches Recht."

Heusler [12]) bezeichnet die Gewere als den juristischen Besitz des deutschen Mittelalters und gibt ihr folgende Begriffsbestimmung:

„Gewere ist der auf Nutzung des Guts beruhende und (dürfen wir hinzufügen) eben darum mit dem Willen, die Sache zu dem dieser Nutzung entsprechenden Rechte für sich zu haben, ausgeübte Besitz."

Nach Heusler gehört mithin zur Gewere auch ein subjektives Element, ein besonders gearteter Wille.

Den von Schröder [13]) gemachten Ausführungen kann insoweit zugestimmt werden, als sich für das

---

9) vgl. Gengler, § 38, 1, S. 130, der die Gewere geradezu als „Nutz-Besitz" bezeichnet.
10) Gerber, § 72, S. 167 und S. 168.
11) S. 22.
12) S. 117.
13) S. 14ff., insbes. S. 19.

deutsche Recht keineswegs mit der gleichen Sicherheit die Aufstellung eines für den Erwerb und Bestand der Gewere erforderlichen Willenselements behaupten läßt, wie für das römische Recht. Jedoch läßt sich andererseits auch nicht feststellen, ob ein derartiges Willenselement in jedem Falle als überflüssig angesehen worden ist. Die von Schröder vertretene Auffassung, daß grundsätzlich die Gewere schon dann vorlag, wenn die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit gegeben war, ohne Rücksicht auf ein irgendwie geartetes Willenselement, muß als zu weitgehend abgelehnt werden [14]). Über die Frage, ob und inwieweit ein Wille zum Entstehen und Bestehen der Gewere erforderlich ist und insbesondere, welcher Art dieser Wille sein müsse, herrschen die verschiedensten Ansichten.

Da im deutschen Recht nicht die gleiche scharfe logische Trennung zwischen Besitz und Eigentum bestand, wie im römischen, was sich u. a. auch darin zeigte, daß dem deutschen Recht, bevor es unter den Einfluß der Fremdrechte geriet, reine Besitzklagen unbekannt waren, so wurde die Gewere demgemäß auch nicht so sehr als isolierter Besitzbestand, sondern vielmehr auch als ein sichtbarer Hinweis auf das ihr zugrunde liegende dingliche Recht, als tatsächliche Nutzungsmöglichkeit in Verbindung mit einem je nach Lage des Falles anders gearteten, entsprechenden Rechtsschein verstanden. Hat jemand z. B. Eigentum an einer Sache, so hat er auch die Gewere daran, sei es, daß er zugleich die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt, oder zur unmittelbaren Ausübung dieser Herrschaft aus irgendeinem Grunde nicht imstande ist. (Ideelle Gewere) [15]). Die Gewere ist dabei das äußere Verhältnis zwischen Person und Sache, die Innehabung und zugleich die äußere Form für das Eigentum, nicht aber

---

14) wie Schröder auch Haff, § 35, A, II, 1, S. 125; Beseler, § 78, I, S. 311. Müller, III, 1, A, a, S. 10 und F. Leonhard, Lehrb. in kurzen Sätzen, S. 115, 1.

15) Gemeint ist der Fall des Ueberganges der Gewere auf den Erben beim Tode des Erblassers, („der Tote erbt den Lebendigen"), eine Regelung, die heute noch in § 857 BGB fortlebt; sodann der Fall der Entwerung und der Fall der Auflassung. Alle drei Fälle kamen bei Grundstücken zur Anwendung.

bloß die Innehabung [16]). Da die Gewere einen Rechtsscheir [17]) schafft, so ergibt sich daraus, daß z. B. auch der Dieb an der gestohlenen Sache die Gewere hat.

Wie Heusler, so fordert auch Schwerin [18]) einen auf das Haben der Gewere sich erstreckenden Willen, „die Sache für sich zu haben". Für den Erwerb der Gewere fordert Schwerin [19]) zunächst ganz allgemein lediglich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt; die leibliche Gewere jedoch könne nicht ohne den Willen des Inhabers erworben werden.

Auch Hübner [20]) neigt dazu, für das Vorliegen der leiblichen Gewere zwei Elemente zu fordern, die mit dem corpus und animus des römischen Rechts eine gewisse Ähnlichkeit zeigen. Eine innere Beziehung des Nutzenden zur Sache sei unentbehrlich. Es war dies „der Wille, die Sache aus irgendeinem rechtlichen Grunde zu beherrschen. . . " [21]).

Wir sehen also, daß aus dem deutschrechtlichen Begriff der Gewere nicht mit völliger Sicherheit auf die Notwendigkeit eines für ihr Entstehen und Bestehen erforderlichen subjektiven Elementes geschlossen werden kann. Die Frage nach dem Erfordernis und dem Charakter dieses subjektiven Elementes wird verschieden beantwortet und ist im ganzen nach wie vor ebenso streitig wie die Frage, ob und inwieweit zum Besitzerwerb nach heutigem Recht ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist. Im Gegensatz zu Schröder [22]) aber vertreten wir die Ansicht, daß auch die Gewere nur mit einem entsprechenden Erwerbswillen erworben werden konnte. In keinem, dem heutigen unsrigen wesensverwandten Rechte kann der Antritt einer tatsächlichen Herrschaft ohne das Wollen dieser Herrschaft gedacht werden. Ein konkreter, unmittelbarer, überzeugender Nachweis aus widerspruchslosen, unzweideutigen Quel-

---

16) von Schwerin, § 28, I, S. 96.
17) vgl. dazu die außerordentlich klaren Ausführungen Hedemanns, § 43, III, a und b, S. 438.
18) § 28, I, S. 96 und II, S. 99.
19) § 28, II, S. 99.
20) § 28, III, 1, b, S. 202.
21) Hübner, a. a. O., § 28, III, 1, b, S. 204. Im Ergebnis ebenso Schreuer, § 30, II, S. 109, der darauf hinweist (S. 108), daß das deutsche Recht jedoch den qualifizierten animus domini des römischen Rechts nicht verlangte.
22) S. 19.

lenstellen kann weder zugunsten der objektiven noch zugunsten der subjektiven Theorie für den Erwerb der Gewere erbracht werden, jedoch muß auch ohne einen solchen Nachweis aus Begriff und Wesen jeder Beherrschung auf die stets erforderliche, sinngemäße, naturgegebene Einbeziehung des subjektiven Elementes geschlossen werden.

3. Der Besitzerwerb nach dem preußischen ALR.

Das preußische Allgemeine Landrecht sodann baut im wesentlichen auf dem römischen Besitzrecht auf. Die §§ 1 bis 3, 6 und 7, Teil I, Titel 7, sind die für unsere Streitfrage wichtigen Vorschriften. Sie lauten:

„§ 1. Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt."

„§ 2. Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen anderen oder in dessen Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat."

„§ 3. Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache."

„§ 6. Wer eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigentum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer."

„§ 7. Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt."

Insbesondere in den §§ 3 und 7 macht sich deutlich der römischrechtliche Einfluß auf die Auffassung von Besitzerwerb bemerkbar; nur beim Vorliegen eines bestimmt gearteten Willens [23]), des animus domini oder zumindest des animus rem sibi habendi [24]) — z. B. in

---

23) vgl. auch von Roth, § 227, IV, I, S. 74ff.
24) vgl. Koch, Anm. 3 zu § 3, I, 7, S. 324.

den Fällen, in denen ein animus domini sinnwidrig wäre, wie z. B. beim Eigenbesitz des Diebes an der gestohlenen Sache — entsteht und besteht juristischer Besitz, in allen andern Fällen bloße Innehabung. Ein Unterschied zum römischen Recht besteht allerdings darin, daß, wie sich aus § 6, I, 7 ergibt, auch z. B. Mieter, Pächter, Entleiher schon als Besitzer angesehen wurden, und außer dem vollständigen und unvollständigen Besitz auch die bloße Innehabung rechtlichen Schutz genoß. (vgl. ALR §§ 141 ff., I, 7).

II. Die Stellungnahme des BGB's und seiner Materialien zu der Frage des Besitzerwerbs.

Nachdem wir in dem vorstehenden Abschnitt untersucht haben, wie das römische und das deutsche Recht zu der Streitfrage standen, ob zum Besitzerwerb ein besonderer Besitzwille erforderlich ist, soll nunmehr die Stellungnahme des geltenden, in Gesetz und Rechtsprechung verkörperten Rechts und der Wissenschaft zu dem Problem dargestellt werden.

Auszugehen ist dabei vom Texte des Gesetzes selber. Der Erwerb des Besitzes ist im Bürgerlichen Gesetzbuch in § 854 Abs. 1 geregelt. § 854 Abs. 1 BGB lautet:

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Über den Begriff der tatsächlichen Gewalt braucht in diesem Zusammenhange nur soviel gesagt zu werden, wie zum Verständnis der nachfolgenden Ausführungen erforderlich ist.

Tatsächliche Gewalt liegt dann vor, wenn die Person mit der Sache nach freiem Belieben schalten und walten kann, Eingriffen von dritter Seite erfolgreich gegenüberzutreten in der Lage ist, und daß von ihr vertretene tatsächliche Machtverhältnis im Rahmen der jeweils geltenden Verkehrsanschauung auch von der Allgemeinheit respektiert wird. Dabei ist zu beachten, daß, der heute herrschenden Verkehrsanschauung entsprechend, das Vorliegen der Möglichkeit, Eingriffe Dritter erfolgreich abzuwehren, nicht so sehr nach rein faktischen, als vielmehr nach verkehrsmäßig üblichen Begriffen bestimmt werden muß. Sicher bin ich nicht imstande, Eingriffe Dritter gegenüber meinem Wagen, der, während ich mich als Gast in der Wohnung eines Freundes befinde, in einer Nebenstraße parkt, unmittelbar erfolgreich abzuwehren, und dennoch erkennt die herrschende Verkehrsanschauung diese Möglichkeit in

solch einem Falle an und damit zugleich das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt. Ähnlich ist es mit dem auf dem Felde stehenden Pflug, den auf dem Bauplatz lagernden Baumaterialien, den in meinem Park befindlichen Bänken, Geräten u. ä. Die Begriffe der tatsächlichen, frei beliebigen Verwendungsmöglichkeit, der Möglichkeit der erfolgreichen Abwehr gegenüber Angriffen von dritter Seite und der Anerkennung des jeweils vorliegenden Raumverhältnisses als im Verkehrsleben respektierbar sind nach unserem heutigen Rechtsgefühl weit und großzügig, sozusagen verfeinert und vergeistigt zu verstehen und setzen keineswegs immer ein in der Beziehung von Person zur Sache unmittelbar erkennbares und in seiner Nutzungs- und Abwehrmöglichkeit durch den Besitzer schlechthin überzeugendes Näheverhältnis zwischen Subjekt und Objekt voraus. Allerdings muß die Begründung des Machtverhältnisses auf Dauer angelegt sein (Gegensatz dazu: auf Augenblicke, wie z. B. beim Hinüberreichen des Opernglases an den Theaternachbarn) und darf nicht durch eine durch das Gesetz getroffene Sondervorschrift ausdrücklich als Machtverhältnis eigener Art und somit nicht als Besitzverhältnis in der Person dessen, der nach außen hin als der Inhaber der tatsächlichen Gewalt erscheint, bezeichnet sein. (Der Fall des § 855 BGB). Daß endlich der Besitz mehr ist als eine bloße Tatsache, ergibt sich schon daraus, daß er nach den §§ 812 ff. kondizierbar ist (condictio possessionis), und ganz eindeutig sodann daraus, daß er als ein sonstiges absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB angesehen wird. Der Besitz muß also, rein begrifflich gesehen, als ein aus tatsächlichen und rechtlichen Eigenschaften zusammengesetzter, nicht weiter analysierbarer Elementarbegriff angesehen werden.

§ 854 Abs. 1 BGB erwähnt einen irgendwie gearteten Besitzwillen mit keiner Silbe. Man könnte daher meinen, das Gesetz selbst stelle sich eindeutig auf den Standpunkt, daß zum Besitzerwerb ein irgendwie gearteter Besitzwille nicht erforderlich sei.

Diese Auffassung wird denn auch in der Literatur vertreten; daß sie nicht richtig sein kann, beweist jedoch das Gesetz selbst bereits durch § 867. Wollte man annehmen, daß das Gesetz sich in § 854 Abs. 1 auf den Standpunkt stellt, ein Besitzwille sei zum Be-

sitzerwerb endgültig überflüssig, so wäre es möglich, dem Gesetz nachzuweisen, daß es durch § 867 seine eigene, in § 854 Abs. 1 aufgestellte Lehre widerruft; denn § 867 BGB stünde dann mit § 854 Abs. 1 BGB in logischem Widerspruch. Dieser logische Widerspruch bestünde darin, daß § 854 Abs. 1 BGB zunächst feststellen würde, daß der Besitz allein durch das Entstehen der äußeren Gewaltlage, der rein objektiven Beziehung der Person zur Sache, die jener die Beherrschung dieser ermöglicht, erworben wird, während sich aus § 867 BGB gerade das Gegenteil davon ergibt, insofern, als aus diesem Paragraphen gefolgert werden muß, daß sehr wohl ein Unterschied zwischen der bloßen objektiven Raumlage und dem mit Rechten und Pflichten (z. B. den aus den §§ 985 ff. oder § 1007 BGB sich ergebenden) verbundenen juristischen Besitz besteht. § 867 BGB spricht von der Inbesitznahme einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache. Wäre die bloße äußere Gewaltlage bereits gleichbedeutend mit Besitz, so wäre es logisch unmöglich, eine objektiv in meiner Gewaltssphäre befindliche Sache in Besitz zu nehmen, da ich nicht von einer Sache Besitz ergreifen kann, die sich bereits in meinem Besitz befindet.

Wir sehen also schon aus dem Beispiel des § 867 BGB, daß das Gesetz selbst sich keineswegs durch die für § 854 Abs. 1 BGB gewählte Fassung zugleich hat auf den Standpunkt stellen wollen, daß ein Besitzwille zum Besitzerwerb nicht erforderlich sei. Aus welchem Grunde das Gesetz diese, im Hinblick auf den Besitzwillen durchaus unbestimmte Fassung erhalten hat, werden wir weiter unten bei der Heranziehung der Gesetzesmaterialien erörtern.

Nicht nur auf Grund der Fassung des § 854 Abs. 1 BGB einerseits, sondern andererseits auch auf Grund der Tatsache, daß auch in § 856 BGB, der Regelung des Besitzverlustes, ein Besitzwille völlig unerwähnt bleibt, kommt eine große Anzahl von Schriftstellern zu dem Ergebnis, daß schon das Gesetz selbst von der Auffassung ausgehe, daß ein Besitzwille zum Besitzerwerb nicht erforderlich sei.

Die Vertreter dieser Auffassung berufen sich dabei nicht allein auf den Gesetzestext, sondern vertiefen ihre Lehre noch durch Heranziehung der in den Motiven,

Protokollen, dem Entwurf und der Denkschrift niedergelegten Gedanken [1]).

Tatsächlich ist festzustellen, daß die zweite Kommission den Antrag, das Erfordernis eines Besitzwillens in den Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB hineinzunehmen, ausdrücklich abgelehnt hat. Diese Ablehnung wiegt für die Vertreter der Auffassung, daß ein Besitzwille zum Erwerbe des Besitzes nicht erforderlich ist, um so schwerer, als sogar ursprünglich der Satz: „Wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben" in § 854 Abs. 1 BGB aufgenommen werden sollte. An der einschlägigen Stelle der Protokolle Bd. III heißt es auf S. 30:

„Allein es müsse daran festgehalten werden, daß es sich nicht empfehle, das Vorhandensein eines auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willens im Gesetz als Erfordernis des Besitzerwerbes aufzustellen. Diese Auffassung sei in den zahlreichen Fällen entbehrlich, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, und für die Fälle bedenklich, in denen ein Erwerbswille desjenigen, welcher den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren sei, so z. B. in dem Falle, wenn die für jemand bestimmte Sache in dessen Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt werde."

Diesem Argument der Protokolle ist lediglich die Behauptung zuzugeben, daß in vielen Fällen ein Besitzerwerb ohne Willen sowieso nicht denkbar ist, und in diesen Fällen mithin das besondere theoretische Erfordernis eines Besitzerwerbswillens praktisch als überflüssig erscheint. Der zweite Teil des zweiten Satzes der zitierten Stelle jedoch ist als Argument gegen das Erfordernis eines Besitzwillens keineswegs anzuerkennen, da einerseits die Zuhilfenahme von Fiktionen aller Art dem juristischen Denken durchaus geläufig ist, und andererseits solche Fiktionen wegen ihrer größeren Anpassungsfähigkeit an den jeweils vorliegenden Fall der wahren Interessenlage in einem weitgehenderen Maße

1) Mot. III, S. 81; Prot. III, S. 30; Entwurf, 1. Lesg. (1888) § 797, S. 181; 2. Lesg. (1895) § 777 und § 838 Abs. 1 auf S. 182 der 4. Auflage, 1896; Denkschrift S. 161; vgl. insbes. auch Prot. III die Seiten 33, 166 und 167 und Kreß S. 146.

gerecht werden können als eine starre, endgültige Regelung in einem bestimmten Sinne.

Fiktionen aller Art sind denn auch unserem heutigen komplizierten Rechtsleben auf allen Gebieten durchaus geläufig und können niemals als juristisch bedenklich hingestellt werden, wenn sie nicht mit irgendwelchen gegebenen Rechtsbegriffen in Widerspruch geraten und klar und logisch konstruiert und konsequent und widerspruchsfrei angewandt werden.

Auch kann bei der Fiktion eines irgendwie gearteten Erwerbswillens keineswegs von willkürlichen Annahmen gesprochen werden, wie es die Protokolle a. a. O. tun; denn wenn wir — um bei dem von den Protokollen a. a. O. selbst angeführten Beispiel zu bleiben, — in dem Falle, daß uns in unserer Abwesenheit eine Sache in unsere Wohnung gebracht wird, einen Besitzwillen für alles, was in die Wohnung gelangt, als generell von vornherein vorhanden unterstellen, so ist diese Unterstellung durchaus keine willkürliche Annahme, sondern eine der wahren Rechts- und Interessenlage vollauf entsprechende Konstruktion. Der Beweis für diese Behauptung wird weiter unten bei der näheren Entwicklung dieser Konstruktion erbracht werden, wo insbesondere auch untersucht werden wird, ob es sich bei derartigen Konstruktionen überhaupt um Fiktionen handelt, oder ob nicht vielmehr lediglich weite Auslegungen bestimmter Begriffe vorliegen.

Da unbestellte Zusendungen regelmäßig als unerwünscht gelten können, hat der Empfänger solcher Waren auch keineswegs ein Interesse daran, die mit dem Besitzübergang verbundenen Besitzschutzrechte zu erwerben, er wird vielmehr die mit dem Besitzübergang verbundenen Nachteile als lästig empfinden. Diese Nachteile bestehen darin, daß er einerseits, wie schon erwähnt, aus den §§ 985 ff. oder aus § 1007 BGB verklagt werden kann, andererseits auch im Rahmen der sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (z .B. gemäß § 826 BGB) und der Verkehrssitte ergebenden Pflicht zu pfleglicher Behandlung der unbestellt zugesandten Ware beschwert wird [2]).

So haftet der Empfänger innerhalb einer angemessenen Frist für Beschädigung oder Verlust der Wa-

2) vgl. dazu Rosenberg, S. 27.

re nach der einen Auffassung [3]) nach Maßgabe der diligentia quam in suis oder nach einer richtigeren Auffassung [4]) nach Maßgabe eines Schuldners, dessen Gläubiger sich in Annahmeverzug befindet. Keinesfalls darf er sich der lästigen Ware dadurch entledigen, daß er sie kurzerhand vernichtet oder fortwirft, z. B. auf die Straße wirft, wie Josef [5]) irrtümlicherweise annimmt, da er sich sonst gemäß § 823 Abs. 1 BGB, bezw. § 826 BGB haftbar machen würde.

Es liegt demnach keineswegs immer im Interesse dessen, der die objektive Beherrschungsmöglichkeit einer Sache hat, auch bereits Besitzer der Sache zu sein, da der Besitz nicht lediglich den Vorteil der mit ihm verbundenen Beherrschungsmöglichkeit und der Besitzschutzrechte, sondern auch den Nachteil der Passivlegitimation im Fall einer Klage aus den §§ 985 ff. BGB und der oben dargelegten Haftung mit sich bringt.

Vorweg wollen wir uns erst noch mit einem weiteren Argument der Protokolle a. a. O. gegen das Erfordernis eines Besitzwillens beim Besitzerwerb auseinandersetzen. So wird in Bd. III, S. 31 der Protokolle als weiteres Argument gegen das Willenserfordernis beim Besitzerwerb die Behauptung aufgestellt, daß für den Fall, daß man das Willenserfordernis aufrecht erhält, allen juristisch nicht voll willensfähigen Personen ein selbständiger Besitzerwerb und damit ein selbständiger Erwerb der mit dem Besitz verbundenen Besitzschutzrechte unmöglich gemacht würde.

Wir werden sehen, daß auch dieses Argument der Protokolle gegen das Willenserfordernis beim Besitzerwerb einer gründlichen juristischen Untersuchung nicht standhält. Die Protokolle beweisen mit der Aufstellung dieses Argumentes gegen das Erfordernis eines Besitzwillens beim Besitzerwerbe, daß sie sich auf den Standpunkt stellen, ein solcher Besitzwille müsse, falls er überhaupt als für den Besitzerwerb erforderlich aufgestellt werden könne, ein juristisch qualifizierter sein.

Wir stellen uns auf den Standpunkt, daß Besitz niemals ohne einen entsprechenden Besitzwillen erworben

---

3) vgl. z. B. Beer, in DJZ, 1901, S. 432.
4) von Staudinger, Anm. 5 zu § 146 BGB, S. 623; vgl. auch den von Wilhelm, § 29, e, S. 93ff. gemachten Lösungsversuch.
5) in DJZ, 1901, S. 383; vgl. auch von Staudinger, Anm. 5 zu § 146 BGB, S. 623.

werden kann; die Behauptung jedoch, daß dieser Besitzwille ein juristisch qualifizierter sein müsse, kann von uns nicht als richtig angesehen werden. Wir stellen vielmehr die Behauptung auf, daß es sich bei dem von uns geforderten Willen beim Erwerbe des Besitzes lediglich um einen juristisch unqualifizierten, einen Willen im natürlichen Sinne handelt, den jedes Kind und jeder Geisteskranke haben kann, sofern jenes oder dieser im Augenblick der Besitzergreifung überhaupt tatsächlich willensfähig ist, d. h. weiß, daß er will, und weiß, was er will. Diese Auffassung wird denn heute auch allgemein in der Wissenschaft vertreten, soweit sich die einzelnen Schriftsteller überhaupt auf den Standpunkt stellen, daß zum Besitzerwerb stets oder wenigstens in bestimmten Fällen ein entsprechender Besitzerwerbswille erforderlich ist.

Nachdem wir somit die in den Protokollen niedergelegten Argumente gegen ein Willenserfordernis beim Besitzerwerbe entkräftet haben, kehren wir zur Untersuchung des Gesetzestextes zurück.

Dabei ist als ein weiteres Argument für unsere Behauptung, daß zum Besitzerwerbe stets ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist, der § 984 BGB anzuführen. Aus § 984 BGB ergibt sich abermals deutlich, daß die tatsächliche objektive Gewaltlage noch nicht gleichbedeutend mit dem juristischen Besitze ist; denn auch hier spricht das Gesetz genau so wie in § 867 BGB davon, daß eine Sache, die sich in der tatsächlichen Gewaltsphäre jemandes befindet, dann erst in seinen Besitz gelangt, wenn er sie durch eine besondere Handlung in Besitz nimmt. Die rein äußere Gewaltlage, d. h. im Falle des § 984 BGB die Tatsache, daß sich eine Sache ohne mein Wissen und Wollen in meiner Herrschaftssphäre befindet, verschafft mir noch nicht Besitz an ihr; erst eine weitere besondere Handlung, d. h. die nach außen sichtbare Betätigung meines Besitzerwerbswillens, verschafft mir Besitz an der Sache.

Wir sehen also aus dem Beispiel der §§ 867 und 984 BGB, daß sich das Gesetz selbst auf den Standpunkt stellt, daß zum Besitzerwerb Besitzwille erforderlich ist, und daß deshalb die im Schrifttum vertretene Auffassung, das Gesetz selbst vertrete durch den Wortlaut und den Sinn des § 854 Abs. 1 den Standpunkt,

daß zum Besitzerwerb ein Besitzwille nicht erforderlich sei, als unzutreffend bezeichnet werden muß.

Den als unser Argument für unsere Auffassung hier zitierten und erläuterten §§ 867 und 984 BGB stellen nun jedoch unsere Gegner ihrerseits einige andere Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber, um somit vor jeder weiteren wissenschaftlichen Beweisführung zunächst das Gesetz selbst für die Richtigkeit ihrer Ansichten sprechen zu lassen. Es sind dies die §§ 855 und 857 BGB einerseits und die §§ 911, 946 und 964 BGB andererseits.

Wir wollen zunächst untersuchen, ob sich tatsächlich aus § 857 BGB ein Argument für die Auffassung, daß Besitzerwerb auch ohne Besitzwillen möglich sei, entnehmen läßt. Es ist in der Tat nicht zu bestreiten, daß § 857 BGB sowohl seinem Wortlaut wie auch seinem Sinne nach einen Besitzerwerb ohne jeglichen Besitzwillen ermöglicht; denn wenn im Augenblick des Todes des Erblassers die Erben automatisch Besitzer aller zur Erbmasse gehörigen Sachen werden, so gibt damit das Gesetz selbst ein Beispiel für Besitzerwerb ohne Besitzwillen, da die Erben im Augenblick des Besitzerwerbs in vielen Fällen naturgemäß von dem Erbfall und damit von dem Besitzanfall nichts wissen und diesen daher auch nicht wollen können und dennoch Besitzer der zur Erbmasse gehörigen Sachen werden. Soweit kann der gegnerischen Beweisführung von unserer Seite aus kein Gegenbeweis gegenübergestellt werden; dennoch geht die gegnerische Beweisführung fehl, da sie vergißt, neben dem Wortlaut und Sinn des § 857 BGB auch dessen systematische Stellung zu berücksichtigen.

Aus der systematischen Stellung des § 857 BGB, der vom Gesetzgeber an den Schluß der Regelung über den Erwerb und Verlust des Besitzes gesetzt worden ist, ergibt sich aber ohne Bedenken sein Sondercharakter. § 857 BGB ist lediglich als Ausnahmevorschrift gedacht. § 854 BGB regelt den Erwerb des Besitzes, § 855 BGB eine häufig auftretende, besondere Art des Besitzverhältnisses und § 856 BGB bereits den Verlust des Besitzes. Mit den §§ 854 bis 856 BGB, ganz genau genommen, lediglich mit den §§ 854 und 856 BGB ist somit vom Gesetze die regelmäßige Art und Weise, wie Besitz erworben und verloren wird, abschließend dargestellt worden. Demgegenüber stellt sich der

noch besonders unmittelbar angefügte § 857 BGB zweifellos als Ausnahmevorschrift dar. Würde auch der Erbe Besitz nach allgemeinen Grundsätzen erwerben, so wäre der für ihn besonders geschaffene § 857 BGB nicht erforderlich. Es ist der gegnerischen Auffassung nun ohne Einschränkung für den Ausnahmefall des § 857 BGB eine Besitzerwerbsmöglichkeit ohne Besitzwillen zuzugeben, für die grundsätzliche, allgemeine Art des Besitzerwerbs folgt aus § 857 BGB jedoch nichts. Seine Existenz ist somit für die Frage, ob zum Besitzerwerb Besitzwille erforderlich ist, gerade als ein Beweis für unsere Auffassung und nicht für die gegnerische verwertbar. Daraus, daß für den Fall, daß einmal Besitz auch ohne Besitzwillen erworben werden kann, ein Sonderparagraph geschaffen werden mußte, erhellt ohne weiteres, daß in der Regel eine solche Art des Besitzerwerbs unmöglich ist. Dabei kann hier unerörtert bleiben, aus welchen Gründen das Gesetz gerade für den Erbfall eine so bequeme und sichere Art des Besitzerwerbs geschaffen hat.

Nachdem wir somit das Argument der gegnerischen Auffassung, daß § 857 BGB einen Beweis dafür liefere, daß zum Besitzerwerb ein Besitzwille nicht erforderlich sei, entkräftet haben, wollen wir untersuchen, inwieweit § 855 BGB einerseits und die §§ 911, 946 und 964 BGB andererseits als Beweis für die Lehre, daß zum Besitzerwerb ein entsprechender Besitzwille nicht erforderlich sei, gelten können.

§ 855 BGB ist kein Argument für die Behauptung, daß das Gesetz selbst den Standpunkt vertrete, Besitz könne auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen erworben werden, denn die von den Vertretern der objektiven Theorie aufgestellte Behauptung, daß in dem Falle des Erwerbes durch Besitzdiener, z. B. im Falle des Erwerbes von Lebensmitteln durch die Hausangestellte, der Besitzherr gemäß § 855 BGB ohne Wissen automatisch in dem Augenblick Besitzer würde, in dem die Hausangestellte die Innehabung an den Lebensmitteln erlangt, ist zwar an sich nicht zu bestreiten, aber keineswegs ein Beweis dafür, daß der Besitzherr auch ohne Wissen und Wollen Besitzer wird; denn durch das Anstellen des Mädchens äußert er von vornherein in erkennbarer Weise einen sich auf alle im Rahmen des häuslichen Wirtschaftsbetriebes durch den Aufgabenkreis des Mädchens gebotenen Erwerbshand-

lungen erstreckenden generellen Besitzwillen. In dem gleichen Umfange wie der Erwerbswille ist auch das Wissen um den Erwerb in diesem Falle ein im voraus bewußt gewordenes generelles. Ob man als Vertreter der subjektiven Theorie einen derartigen generellen Besitzerwerbswillen und ein ebenso geartetes Wissen um den Erwerb für den Besitzerwerb als ausreichend ansehen kann, soll im folgenden Abschnitt der Arbeit näher untersucht werden. An dieser Stelle soll lediglich der Beweis dafür erbracht werden, daß das Gesetz selbst mit § 855 BGB keinen Fall eines Besitzerwerbes ohne Wissen und Wollen geschaffen hat; wer als Besitzherr gemäß § 855 BGB Besitz erwirbt, erwirbt wissentlich und willentlich. Aber selbst wenn sich aus § 855 BGB ein derartiger Fall von Besitzerwerb ergäbe, so könnte dennoch aus diesem Paragraphen deshalb kein Argument für die Behauptung, daß das Gesetz selbst einen Besitzwillen für den Besitzerwerb nicht erfordere, hergeleitet werden, weil dann aus dem Charakter des § 855 BGB und aus seiner systematischen Stellung innerhalb der den Erwerb und den Verlust des Besitzes für den Normalfall abschließend regelnden §§ 854 und 856 BGB [6]) zu folgern wäre, daß § 855 BGB als Sonderregelung aufgefaßt werden müsse, die eine Ausnahmevorschrift enthält und dann wieder wie § 857 BGB einen Beweis für die Auffassung des Gesetzes lediglich zugunsten der von uns vertretenen Ansicht über die Auffassung des Gesetzes zulassen würde. Auch in diesem Falle würde sich also aus § 855 BGB eine Argumentation zu unseren Gunsten entwickeln lassen; § 855 BGB ist mithin bei jeder Art der Deutung seines Wesens und seines Inhaltes [7]) als Argument für die Richtigkeit der Gegenauffassung unbrauchbar.

6) Mit § 858 BGB beginnt ein seinem Inhalte und seinem Zwecke nach völlig neuer Vorschriftenkomplex, der etwa mit § 863 BGB als abgeschlossen angesehen werden kann.

7) § 855 BGB muß tatsächlich von jedem Standpunkt aus ohne Rücksicht auf die Frage, ob daselbst mit oder ohne Willen Besitz erworben wird, zunächst ganz allgemein als Sondervorschrift aufgefaßt werden, und zwar als Sondervorschrift im Sinne einer Regelung eines im Leben häufig auftretenden Besitzverhältnisses und einer im Leben häufig auftretenden entsprechenden Besitzerwerbsart, also gleichsam lediglich als Sondervorschrift in Form einer besonderen Modifikation, die deshalb in das Gesetz hineingenommen worden ist, weil ihre Klärung durch einen speziellen Paragraphen wegen der Häufigkeit ihres Auftretens im täglichen Leben wünschenswert erschien.

Aus dem Wortlaut des § 911 BGB sodann läßt sich bereits die Bedeutung dieser Vorschrift für die Besitzlehre erkennen. Es heißt in § 911 S. 1 BGB:

„Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks."

Die Wendung „gelten als" läßt deutlich erkennen, daß wir es hier lediglich mit einer Erwerbsfiktion zu tun haben, die nur für die durch § 911 BGB erfaßte Tatsachenlage durch § 911 BGB als Sonderparagraph geregelt worden ist. Hier wie im Falle des § 857 BGB haben wir es also mit einer Ausnahmevorschrift zu tun, die für die Klärung der Frage, auf welche Weise grundsätzlich Besitz erworben wird, nicht entscheidend sein kann. Vielmehr läßt sich aus der Tatsache, daß es bei einer Situation wie der in § 911 BGB geregelten, — ähnlich wie im Falle des § 857 BGB — eben des § 911 BGB bedurfte, um die Früchte als Früchte des Nachbargrundstücks „gelten zu lassen", d. h. sie als in Besitz und Eigentum des Nachbarn befindlich gelten zu lassen, lediglich folgern, daß es grundsätzlich anders ist, d. h. daß grundsätzlich ein automatischer Besitzerwerb an auf ein Grundstück gefallenen Sachen nicht eintritt. § 911 BGB kann daher ebenso wie § 857 BGB gerade umgekehrt als ein Beweis dafür angesehen werden, daß das Gesetz selbst auf dem Standpunkt steht, daß grundsätzlich zum Besitzerwerb mehr erforderlich ist als die bloße objektive Raumlage, d. h. auch ein entsprechender Besitzwille. Wie die §§ 855 und 857 BGB leges speciales gegenüber den §§ 854 und 856 BGB sind, so sind die §§ 911, 946 und 964 BGB als leges speciales gegenüber den §§ 867 bzw. 1005 BGB zu bezeichnen [8]).

Über die §§ 946 und 964 BGB ist noch folgendes zu sagen [9]): Pflanzt jemand ohne mein Wissen und Wollen einen Baum in mein Grundstück, so vermehrt sich gemäß § 946 BGB mein Eigentum und Besitz an dem Grundstück um diesen Baum; ebenso liegt es im Falle des § 964 BGB mit dem Eigentums- und Besitzerwerb an dem fremden Bienenschwarm. § 911 BGB

8) Aehnlich auch Bär, S. 30.

9) Hierbei muß hervorgehoben werden, daß der in den Worten „gelten als" sich offenbarende Fiktionscharakter des Eigentum- und Besitzerwerbes gemäß § 911 BGB in unzweideutigerweise lediglich in § 911 BGB hervortritt, während in den §§ 946 und 964 BGB nur von einem „Sicherstrecken" des Eigentums gesprochen wird.

sowohl wie die §§ 946 und 964 BGB sind jedoch, wie sich insbesondere aus ihrer systematischen Stellung ergibt, primär als Vorschriften zur Regelung der Eigentumsverhältnisse gedacht. Da der Eigentumserwerb jedoch in den von diesen Paragraphen getroffenen Fällen nicht ohne einen Besitzwechsel eintreten kann, so muß zugegeben werden, daß wir es hier mit gesetzlich geregelten Fällen von Besitzerwerb ohne Wissen und Wollen zu tun haben. Als Ausnahmefälle, die genauso wie § 911 BGB den regelmäßigen Erwerb des Eigentums und des Besitzes gerade als unter anderen Voraussetzungen zustandekommend erkennen lassen, bedurften sie im Gesetz besonderer Regelung und sind als solche als Argumente für die von der Gegenmeinung verfochtene Ansicht über die vom Gesetz selbst vertretene Auffassung von der regelmäßigen Art des Besitzerwerbs unbrauchbar.

Wir sehen also, daß die von der Gegenmeinung aufgestellte Behauptung, in § 854 Abs. 1 BGB vertrete das Gesetz selbst den Standpunkt, daß ein entsprechender Besitzwille zum Besitzerwerb nicht erforderlich sei, nicht zutreffend sein kann, da das Gesetz sich sonst schon durch § 867 BGB selber widersprechen würde. Wir sehen, daß sich die §§ 867 und 984 BGB als durchgreifende Argumente für unsere Auffassung darstellen und können endlich feststellen, daß die von der gegnerischen Auffassung als unmittelbar aus dem Gesetz sich ergebende Beweise für ihre Anschauung angeführten §§ 855, 857, 911, 946 und 964 BGB nicht nur nicht als Beweise für ihre, sondern vielmehr als Beweise für unsere Anschauung angeführt werden können.

Es ist danach also festzustellen, daß sich aus § 867 BGB und auch aus § 984 BGB als den Vorschriften, die sozusagen die in § 854 Abs. 1 BGB nicht ausgesprochene Auffassung des Gesetzes über die grundsätzliche Art und Weise des Besitzerwerbs aus Anlaß der Regelung der von ihnen erfaßten Einzelfälle wiederholen, im Wege der unmittelbaren Schlußfolgerung und sodann aus § 857 BGB einerseits und aus den §§ 911, 946 und 964 BGB andererseits im Wege des Gegenschlusses ergibt, daß das Gesetz selbst trotz des Wortlautes des § 854 Abs. 1 BGB den Standpunkt vertritt, daß ein entsprechender Besitzwille zum Besitzerwerb grundsätzlich erforderlich ist und ausnahmsweise nur insoweit fehlen darf, als dies im Gesetz selbst durch konkrete Einzelvorschriften besonders zugelassen ist.

III. Die Stellungnahme des Schrifttums zu der Frage des Besitzerwerbs.

Nachdem wir im vorigen Abschnitt unserer Ausführungen die aus dem Gesetz selbst und seinen Materialien sich für und gegen unsere Auffassung ergebenden Anhaltspunkte und Argumente dargestellt haben, wollen wir uns nunmehr in diesem Abschnitt mit den im Schrifttum hauptsächlich im Sinne unserer oder der gegenteiligen Auffassung vom Besitzerwerb vertretenen Lehren und deren Begründungen auseinandersetzen.

Die eine große Gruppe der Schriftsteller vertritt den Standpunkt, daß auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen Besitz erworben werden kann, die andere dagegen ist der Auffassung, daß stets ein allgemeiner oder besonderer, ausdrücklich oder stillschweigend geäußerter Besitzwille zum Besitzerwerb erforderlich sei [1]). Diese Auffassung wird auch von uns vertreten und im folgenden im einzelnen dargestellt und begründet. Wir wollen zunächst die Darstellungen einiger Vertreter der gegenteiligen Auffassung erörtern und die von ihnen zu ihrer Anschauung angegebenen Begründungen auf ihre Stichhaltigkeit hin untersuchen.

1. Die uns entgegengesetzten Theorien vom Besitzerwerb.

Staudinger [2]) stellt fest, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum römischen und gemeinen

---

1) Krückmann, § 70, I, 2, S. 566 teilt die über den Besitzerwerb vorhandenen Ansichten in drei Gruppen. Er unterscheidet erstens die, die stets einen Besitzwillen zum Besitzerwerb fordern; zweitens die, die diesen Willen nur dann fordern, wenn aus der bloßen räumlichen Lage noch nicht mit genügender Deutlichkeit hervorgeht, wem eine Sache besitzmäßig zugerechnet werden muß, bzw. wenn die tatsächliche Gewalt nicht ohne Besitzwillen hergestellt werden kann, und drittens die, die stets das Entstehen der bloßen objektiven Raumlage für den Besitzerwerb genügen lassen.

2) Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 23ff.

Recht ein bestimmtes inneres Willensmoment als Erfordernis des Besitzerwerbs nicht mehr aufstellt [3]). Das ist im Hinblick auf den Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB nicht zu bezweifeln; Staudinger scheint jedoch, wie sich aus dem, was er unter 2 b [4]) a. a. O. ausführt, ergibt, die Auffassung zu vertreten, daß das Gesetz selbst der Meinung sei, Besitzerwerb sei auch, abgesehen von den im Gesetz selbst geregelten Sonderfällen, ohne Besitzwillen möglich. Wir haben bereits im vorigen Abschnitt der Arbeit festgestellt, daß es zumindest sehr zweifelhaft ist, ob das Gesetz selbst diesen Standpunkt vertritt, und sind unsererseits sogar zu dem Ergebnis gekommen, daß auch das Gesetz selbst einen Besitzwillen zur Voraussetzung für den Besitzerwerb gemacht hat; die Gründe für dieses Ergebnis wurden im vorigen Abschnitt der Arbeit dargestellt, wobei insbesondere auch darauf hingewiesen ist, daß auch die aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu ziehenden Folgerungen und die in den Gesetzesmaterialien vorhandenen Erörterungen für eine richtige Auslegung des Gesetzes letztlich keineswegs immer bindend zu sein brauchen, ganz abgesehen davon, daß z. B. die Protokolle Bd. III, S. 30, S. 33, S. 168 und S. 169 selbst die Aufnahme eines Willenserfordernisses in das Gesetz lediglich aus rechtspolitischen Erwägungen heraus für unzweckmäßig erachten, ohne damit aber die Ansicht stützen zu wollen, daß auch schon die bloße objektive Raumlage als vollgültiger juristischer Besitz angesehen werden könne.

Wenn auch aus dem, was Staudinger a. a. O. ausführt, nicht mit völliger Sicherheit entnommen werden kann, daß er mit dem Worte „aufstellt" zugleich die innere Einstellung des Gesetzes hat zeigen wollen, und somit insoweit an seinen unter 2 und 2 a a. a. O. gemachten Ausführungen eine sachliche Kritik unmöglich ist, da in diesen Ausführungen ohne persönliche Stellungnahme zu dem Problem des Besitzerwerbes lediglich festgestellt wird, was das Gesetz seinem äußeren Wortlaut nach sagt, so läßt sich die persönliche Stellungnahme Staudingers zu unserem Problem aus dem, was er unter 2 b a. a. O. ausführt, mit genügender Deutlichkeit erkennen. Er stellt fest, daß unbewußte Inne-

3) Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 23.
4) S. 24.

habung einer Sache „regelmäßig“ noch keinen Besitz darstellt, woraus zu folgern ist, daß er es ausnahmsweise jedoch für möglich hält. Leider bringt Staudinger das Verhältnis von Regel und Ausnahme nicht klar zur Darstellung, insbesondere führt er für den Fall, daß ausnahmsweise auch bloße Innehabung schon Besitz bedeutet, keinerlei konkrete Beispiele an. Nach unserer Auffassung kann bloße Innehabung einer Sache, abgesehen von den im Gesetz geregelten, schon besprochenen Sonderfällen, niemals, also auch ausnahmsweise nicht, bereits als Besitz angesehen werden. Gleich der erste Satz Staudingers unter 2 b a. a. O. lautet:

„Man würde jedoch zu weit gehen, wenn man, dem bloßen Wortlaute des Abs. 1 folgend, zu dem Schlusse käme, der Wille des Erwerbers sei nunmehr beim Besitze völlig gleichgültig.“

Dieser Satz ist in seiner Fassung sehr zurückhaltend und unbestimmt gehalten und läßt ebenfalls, da er auf eine Darstellung und Entwicklung im Einzelnen verzichtet, die Einstellung des Verfassers nur undeutlich erkennen. Aus diesem Satz ergibt sich lediglich, daß der Besitzwille beim Besitzerwerb nicht „völlig“ gleichgültig ist, d. h. also, daß man annehmen muß, daß Staudinger der Meinung ist, daß der Besitzwille beim Besitzerwerb, wenn auch nicht „völlig“, so doch in beschränktem Umfange gleichgültig sei. Nach welchen Gesichtspunkten die Grenzen dieses beschränkten Umfanges abzustecken seien, wird in den dann folgenden Ausführungen jedoch nur ungenügend, undeutlich und teilweise widerspruchsvoll dargetan. Aus dem oben zitierten Satze läßt sich ebenso wie aus dem zuvor betrachteten lediglich entnehmen, daß Staudinger regelmäßig einen Besitzwillen für den Besitzerwerb für erforderlich erachtet, während ausnahmsweise jedoch auch ohne Besitzwillen Besitz erworben werden könne.

Da wir einen Besitzerwerb ohne entsprechenden Besitzwillen regelmäßig sowohl wie ausnahmsweise — abgesehen von den schon besprochenen gesetzlichen Sonderfällen — für unmöglich erklären, mithin für uns der Besitzwille beim Besitzerwerb nicht nur nicht „völlig“, sondern auch nicht meistens oder oft oder manchmal oder in sonstwie beschränktem Umfange gleichgültig ist, so muß die von Staudinger vertretene Auffassung von uns im Ergebnis als nicht billigenswert

und in der Form der Darstellung und der Art der Begründung als undeutlich und nicht erschöpfend bezeichnet werden. An diesem Urteil kann auch eine Betrachtung der ins einzelne gehenden Ausführungen bei Staudinger a. a. O. nichts ändern. So fährt er in seinen Ausführungen mit der Feststellung fort, daß da, wo eine Gewaltlage vorhanden ist, „für die Regel auch" ein entsprechender Wille vorliegen wird. Mit dieser Feststellung ist für die Klärung unseres Problems nichts gewonnen. Für die theoretische Feststellung, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit Besitzerwerb angenommen werden kann, ist die Feststellung, daß in der Praxis beim Vorhandensein der Gewaltlage meist auch der Besitzwille vorliegen wird, bedeutungslos. Ebensowenig ist mit der Feststellung Staudingers a. a. O. für die Lösung unseres Problems etwas gewonnen, daß dann, wenn mir gleichgültige oder lästige Sachen in meine tatsächliche Gewalt gelangt sind, nach einem sich auf sie beziehenden Besitzwillen nicht geforscht zu werden braucht, weil ich um dieser Sachen willen die mit dem Besitz verbundenen Besitzschutzrechte ja doch niemals geltend machen würde; nicht, ob nach einem Besitzwillen geforscht zu werden braucht oder nicht, sondern lediglich, ob Besitzwille generell für den Besitzerwerb Voraussetzung ist oder nicht und, falls ja, ob er dann im konkreten Falle vorhanden ist oder nicht, gilt es theoretisch und praktisch zu klären.

Die Überzeugung Staudingers von dem, was das Gesetz selbst zu dem Problem sagt, und damit zugleich Staudingers persönliche Einstellung zu unserer Streitfrage kommt als Ergebnis sodann in dem folgenden Satze zum Ausdruck:

„Das Gesetz schließt also einen Besitzerwerb o h n e Willen keineswegs aus." [5])

Daß wir diese Behauptung nicht anerkennen, wurde bereits gesagt. Staudinger gibt mit seinen Ausführungen auch für die uns entgegengesetzte Auffassung von Besitzerwerb keine klare, konsequente Konstruktion und keine stets anwendbare, eindeutige, umfassende generelle Formel. Das zeigt sich auch darin, daß er für die Frage, wann ausnahmsweise einmal Besitz auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen als vorhanden gelten

5) Anm. 2 b zu § 854 BGB, S. 24.

kann, auf die für den jeweiligen Fall zutreffende, jeweils vorhandene Verkehrsanschauung verweist.

Auch die auf S. 25 a. a. O. aufgestellte Behauptung, daß im Falle einer unbestellten Zusendung „regelmäßig nach Maßgabe der Verkehrsanschauung" Besitzerwerb anzunehmen sein wird, zeigt die gleiche Unbestimmtheit der Fassung und ist, da sie ebenfalls keine fest umgrenzte, generelle, konstruktive Formel für den Besitzerwerb gibt, für die Lösung unseres Problems unbrauchbar. Die weitere Behauptung Staudingers, daß das Gesetz jedem schutzwürdigen äußeren Machtverhältnis zu einer Sache einen entsprechenden Besitzwillen „als etwas Selbstverständliches" unterstellt, wird von ihm nicht bewiesen; auch ändert sie nichts an seiner Auffassung, daß nach dem Gesetz ein Besitzerwerb ohne Besitzwillen möglich sei. Nach unserer, im zweiten Abschnitt der Arbeit dargestellten und begründeten Auffassung steht das Gesetz auf dem Standpunkt, daß zum Besitzerwerb ein entsprechender Besitzwille erforderlich ist. Daß es ihn jeder schutzwürdigen Gewaltlage als etwas Selbstverständliches unterstellt, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich.

Endlich kann auch die unter d) a. a. O. aufgestellte Behauptung Staudingers, daß Besitz demnach nicht vorliege, falls tatsächlich einmal trotz eines äußerlichen Gewaltverhältnisses ein Besitzwille „gänzlich" [6]) mangelt, an seiner Überzeugung, daß das Gesetz Besitzerwerb ohne Willen keineswegs ausschließt, nichts ändern; diese Behauptung trägt im übrigen nicht dazu bei, die Ausführungen Staudingers konsequent und einheitlich erscheinen zu lassen.

Seiner Lehre vom Besitzerwerb kann von uns aus weder in den im einzelnen ausgeführten Gründen noch auch im Ergebnis beigetreten werden, da er einen Besitzerwerb ohne Besitzwillen für möglich erklärt.

In ähnlicher Weise wie Staudinger nimmt auch Siméon-David [7]) zu dem Problem des Besitzerwerbs Stellung. Er äußert sich nur undeutlich und zurückhaltend. In § 87, 2, S. 5 a. a. O. stellt er lediglich fest, daß ein Besitzwille vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefor-

---

6) wobei nicht klar wird, was Staudinger unter „gänzlich" mangelt versteht. Soll danach ein Unterschied zwischen mangeln schlechthin und „gänzlich" mangeln bestehen?

7) § 87, 2, S. 5 ff.

dert wird. Zu dieser Äußerung kann in der gleichen Weise Stellung genommen werden, wie zu der Äußerung Staudingers unter 2 a. a. O., d. h., daß hier wie dort zugegeben werden muß, daß dem bloßen äußeren Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB nach diese Feststellung nicht angezweifelt werden kann. Man muß aber annehmen, daß Siméon-David sich mit dieser Feststellung zugleich auf den Standpunkt stellt, daß das Gesetz selbst auch seinem Sinne und Inhalte nach diese Lehre vertritt, Besitzerwerb sei auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen möglich; darüber hinaus geht aus den Äußerungen Siméon-Davids hervor, daß er auch in seiner persönlichen Stellungnahme zu dem Problem den Standpunkt vertritt, den nach seinen Feststellungen das Gesetz selbst einnimmt. Seiner Ansicht, daß allein deshalb, weil zum Besitzerwerb ein Besitzwille nicht erforderlich sei, auch der Geschäftsunfähige und der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte Besitz erwerben können, kann nicht beigetreten werden, da der Besitzwille, wie bereits im vorigen Abschnitt der Arbeit hervorgehoben worden ist, nach der herrschenden Lehre mit Recht als ein juristisch nicht qualifizierter Wille im natürlichen Sinne anzusehen ist. Siméon-David entwickelt die von ihm vertretene Anschauung nicht mit genügender Deutlichkeit und Genauigkeit. Er erklärt, aus dem Wortlaut und Sinn des § 854 Abs. 1 BGB sei „nicht zu folgern, daß man auch gegen seinen Willen Besitz erlangen könne, [8]) vielmehr wird regelmäßig die Herstellung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sein." Er hält einen entsprechenden Besitzwillen zum Besitzerwerb regelmäßig für erforderlich, d. h. daß ausnahmsweise auch ohne Besitzwillen Besitz erworben werden könne. Leider verzichtet Siméon-David auf eine genaue Ausgestaltung seiner Lehre, insbesondere auf eine Darstellung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme.

8) Wer einen Besitzerwerb ohne Besitzwillen für möglich erklärt, muß logisch-konsequenterweise auch einen Besitzerwerb gegen den Willen des Erwerbers für möglich erklären. Den Vertretern der objektiven Theorie scheint zum Teil aber erst bei dieser unhaltbaren Konsequenz die Unvertretbarkeit ihrer Ansicht zum Bewußtsein zu kommen, da sie zum Teil gerade vor dieser Konsequenz zurückschrecken, ohne jedoch diese Einschränkung als solche im Rahmen ihrer Konstruktion in logisch unanfechtbarer Weise begründen zu können oder ihre Ansicht im Prinzip abzuändern.

Nach unserer, schon bei der Stellungnahme zu Staudinger a. a. O. entwickelten Anschauung ist weder die Behauptung, daß das Gesetz selbst den Standpunkt vertrete, Besitz könne auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen erworben werden, als richtig anzusehen, noch überhaupt eine irgendwie modifizierte Lehre zu billigen, die einen Besitzerwerb ohne entsprechenden Besitzwillen auch nur ausnahmsweise für möglich erachtet. Wie den Ausführungen Staudingers so kann auch denen Siméon-Davids von uns aus nicht beigetreten werden.

Auch Biermann [9]) steht auf dem Standpunkt, daß ein irgendwie gearteter Besitzwille neben der Erlangung der Beherrschungslage nicht selbständige Voraussetzung für den Besitzerwerb sei. Er äußert seine Anschauung klar und unzweideutig, ohne sich lange mit der Auffassung zu beschäftigen, die das Gesetz auf Grund der Fassung des § 854 Abs. 1 BGB einerseits und der übrigen gesamten Regelung des Besitzrechts andererseits wohl vertreten könnte. So heißt es bei ihm auf S. 10 a. a. O.:

„Nicht erforderlich für den Besitzerwerb ist ein irgendwie gearteter Besitzwille."

Und sodann auf S. 11 unter c:

„Der Besitzwille ist also niemals ein selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis des Besitzerwerbs, sondern nur eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer erforderliche Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt."

Biermann vertritt diesen Standpunkt wesentlich klarer und konsequenter als Staudinger und Siméon-David; das zeigt sich darin, daß er sich nicht scheut, die Konsequenzen seiner Theorie dahingehend zu ziehen, jemandem, in dessen Keller während seiner Abwesenheit ohne sein Wissen und Wollen irrtümlicherweise Brennmaterial gebracht wird, Besitz an dem Material aufzudrängen. „Die rein räumliche Lage" der Sache genügt nach Biermann zum Besitzerwerb. Insoweit bedurfte es kaum noch der sodann auf S. 13 unter 5 a. a. O. getroffenen Feststellung, daß auch ein Wissen des Erwerbers um den Besitzerwerb für diesen nicht erforderlich ist.

---

9) Anm. 3 zu § 854 BGB, S. 10ff.

Als Beispiel für einen auf diese Weise zustandekommenden Besitzerwerb nennt Biermann den Besitzerwerb an während unserer Abwesenheit eingetroffenen unbestellten Zusendungen, an von unseren Haustieren ohne unser Wissen in unserem Stalle geborenen Jungen und gelegten Eiern und an Sachen, die uns heimlich in unseren Schrank gelegt worden sind.

Nach unserer Auffassung wird an unbestellten Zusendungen, die während unserer Abwesenheit bei uns eintreffen, kein Besitz erworben, weil es an dem sich auf die Zusendung erstreckenden Besitzwillen fehlt. [10])

Ebenso verhält es sich mit den heimlich in unseren Schrank gelegten Sachen. Beide Male erhalten wir lediglich die äußere Innehabung an der Sache und haben dem Absender bezw. dem, der die Sache in unsern Schrank gelegt hat, gemäß § 867 BGB, den man auch wohl noch bei derartigen Situationen erweiternd wird anwenden können, die Abholung der Sache zu gestatten. Der, der uns so zum Inhaber der Sache gemacht hat, verliert durch seine Handslungsweise zwar seinerseits den Besitz, kann uns ohne unsern Willen aber nicht an seiner Stelle zum Besitzer machen. Die Sache ist insoweit bis zu ihrer Inbesitznahme unsererseits, sei es, daß wir sie als Eigenbesitzer für uns oder als verwahrender Fremdbesitzer für den Absender bis zu dem Augenblick, in dem er sie von uns zurückfordert, in Besitz nehmen, oder aber dann, wenn wir sie überhaupt nicht in Besitz nehmen, sondern achtlos daliegen lassen, wo sie gerade hingelegt worden ist, sogar bis zur Abholung durch den Absender besitzlos. Anderer Ansicht ist insoweit Wolff, [11]) der annimmt, daß der Absender in solch einem Falle der Besitzer der Sache bleibt. Diese Auffassung

---

10) Ebenso liegt es mit den von unseren Gästen oder Kunden in unseren Räumen abgelegten Sachen (z. B. Kleidern, Stöcken, Schuhen und ähnlichen), da uns auch hier ein entsprechender Besitzerwerbswille völlig fehlt, und das bloße Vorhandensein derartiger Gegenstände in unseren Räumen zum Besitzerwerb, d. h. auch zum Erwerbe eines irgendwie gearteten Mitbesitzes, nicht ausreicht. Die Gegenstände bleiben im Alleinbesitz und im Gewahrsam unserer Gäste oder Kunden; allerdings erwerben wir möglicherweise Mitgewahrsam an ihnen, wenn man auch meistens wird annehmen müssen, daß wir durch die Zurverfügungstellung der in unserer Wohnung befindlichen Kleiderablage lediglich den fremden Gewahrsam unserer Gäste schützen und unterstützen wollen.

11) § 10, III, 1, Anm. 2, S. 30.

ist als zu konstruiert und der Tatsachenlage nicht entsprechend zu verwerfen. Der Absender hat willentlich den Besitz an der Sache aufgegeben; zum freiwilligen Besitzverlust ist jedoch ein neuer Besitzerwerb in der Person eines anderen nicht erforderlich (vgl. § 856 BGB) [12]). Das beweist auch am besten der Fall der Dereliktion einer Sache, durch welche Besitz und Eigentum an ihr aufgegeben werden können, ohne daß ein anderer Besitzer und Eigentümer der Sache wird. Im Falle der unbestellten Zusendungen und der heimlich in den Schrank gelegten Sachen muß ein Verlust des Besitzes in der Person des Absenders angenommen werden.

Zu dem von Biermann angeführten Beispiel des Besitzerwerbes an den ohne unser Wissen geborenen Jungtieren und gelegten Eiern aber ist festzustellen, daß auch dann, wenn man, wie wir, einen Besitzwillen zum Besitzerwerb für erforderlich hält, Besitzerwerb an den oben genannten Sachen angenommen werden kann. Wer sich z. B. Hühner hält, hat nicht nur die nach außen unerkennbare Absicht, Eier zu erzielen, sondern er bringt diese innere Absicht durch Schaffung der erforderlichen Einrichtungen, des Stalles, der Eiernester usw. auch nach außen erkennbar zum Ausdruck. In der Anschaffung der Hühner und der Einrichtung des Stalles und des Eiernestes liegt die stillschweigende, nach außen hin erkennbare, von vornherein gemachte Äußerung eines generellen Besitzerwerbswillens an allen Eiern, die überhaupt, also auch an denen, die während seiner Abwesenheit gelegt werden. In gleicher Weise kommt der Besitzerwerb an den ohne unser Wissen geborenen Jungtieren zustande. Durch die Anschaffung der Muttertiere und die Einrichtung des Stalles erkläre ich der Außenwelt gegenüber von vornherein in erkennbarer Weise stillschweigend meine Absicht, Jungtiere zu erzielen, und damit meinen Willen, generell an allem in meinem Stall während meiner Abwesenheit geborenen

---

12) Der Absender wollte zwar nicht derelinquieren, sondern den Besitz nur unter der Bedingung verlieren, daß Besitz beim Empfänger entstünde, aber dennoch kann man in einem Falle, in dem z. B. unbestellte Konzertbilletts von irgendwoher an mich geschickt werden, nicht mehr von einer „tatsächlichen Gewalt" des Absenders an den Billetts sprechen, wenn diese sich in meinem Briefkasten und damit in meinem Gewahrsam befinden.

Jungvieh Besitz erwerben zu wollen. Wir sehen also, daß auch nach unserer Auffassung, nach der in dem Besitzwillen ein selbständiges Erfordernis für den Besitzerwerb erblickt werden muß, der Halter der Haustiere an den ohne sein Wissen geborenen Jungtieren und gelegten Eiern Besitz und damit den für ihn erforderlichen Besitzschutz erwirbt. Es bedarf also keineswegs der von Biermann vertretenen, von uns nicht zu billigenden Auffassung, daß ein entsprechender Besitzwille zum Besitzerwerb entbehrlich sei, um in den obigen Beispielen dem Halter von Haustieren die für ihn unentbehrlichen, mit dem Besitz verbundenen Besitzschutzrechte an den Eiern und dem Jungvieh geben zu können.

In der gleichen Weise wird auch Besitz an dem Obst erworben, das von den in meinem Garten stehenden Bäumen zu Boden fällt. In dem Anlegen und Bearbeiten eines Gartens und insbesondere in dem Pflegen, z. B. Gießen, Düngen, Kalken, Beschneiden der in meinem Garten befindlichen Obstbäume und Sträucher liegt mein von vornherein in erkennbarer Weise stillschweigend geäußerter genereller Wille, Besitz an allen Erzeugnissen zu erwerben, die die Gartenwirtschaft im Rahmen der getroffenen Anlagen hervorbringt. Fallen dagegen infolge eines Sturmes Ziegel von meinem Hause oder dürre Äste von meinen Obstbäumen in meinen Garten, so erwerbe ich nicht sofort in dem Augenblick Besitz an diesen durch die Trennung von der mir besessenen Hauptsache zu selbständigen beweglichen Sachen gewordenen Gegenständen, in dem sie in meinen Garten fallen, sondern erst in dem Augenblick, in dem ich die so auf mein Grundstück gelangten Sachen in Besitz nehme. Bis zu diesem Augenblick habe ich diese Gegenstände lediglich in meinem Gewahrsam. Der Grund dafür, daß ich zwar sofort Besitzer der abgefallenen Früchte, nicht aber der abgebrochenen dürren Äste werde, liegt nicht darin, daß ich im letzteren Falle möglicherweise nicht den Willen habe, Besitzer zu werden, sondern darin, daß sich, selbst wenn ich in letzterem Falle den Willen habe, Besitzer zu werden, diesen Willen nicht von vornherein in erkennbarer Weise geäußert habe. In der Gartenanlage liegt der erkennbar verkörperte Wille, Früchte zu erzielen, d. h. diese und damit auch das Fallobst zu besitzen. Der Garten ist gewissermaßen eine erkennbare Verkörperung eines dem

Zweck seiner Anlage entsprechenden Besitzerwerbswillens, er ist insoweit Empfangsvorrichtung, (soweit es sich um die durch Herabfallen zu selbständigen beweglichen Sachen werdenden Erzeugnisse handelt), wie ein Briefkasten, nicht aber auch eine Verkörperung eines Besitzerwerbswillens an den abgebrochenen dürren Ästen oder herabgefallenen Ziegeln, weil dies Sachen sind, zu deren Erzielung und Erwerb die Gartenanlage überhaupt nicht geschaffen worden ist. Insoweit ist die Gartenanlage nicht mehr eine, einen entsprechenden Besitzerwerbswillen verkörpernde Empfangsvorrichtung. Sicher wird der Besitzer des Gartens in den meisten Fällen auch den Willen haben, an den herabgebrochenen dürren Ästen sofort bei ihrer Trennung vom Baume Besitz zu erwerben; wir werden mithin in den meisten Fällen an dem Vorliegen eines entsprechenden Besitzerwerbswillens nicht zu zweifeln brauchen. Da dieser aber, wie wir sahen, nicht generell von vornherein in erkennbarer Weise geäußert worden ist, wie dies bei dem Besitzerwerbswillen an dem Fallobst der Fall ist, und im gesamten Recht der Grundsatz gilt, daß nur der auch erkennbar gemachte Wille Beachtung verdient, so ist der bloß im Bewußtsein des Garteninhabers vorhandene Besitzerwerbswille rechtlich bedeutungslos und bewirkt keinen Besitzerwerb sofort bei der Trennung der Sache von der besessenen Hauptsache und ihrem Niederfall in den besessenen Garten. Schon hier sei die von uns für jede Art des Besitzerwerbs kompromißlos vertretene Ansicht hervorgehoben, daß auch dann, wenn an dem Vorliegen des Erwerbswillens regelmäßig nicht gezweifelt werden kann, dennoch ein Besitzerwerb nicht als eingetreten gelten darf, wenn der vorhandene Besitzerwerbswille nicht auch in unzweideutiger Weise nach außen hin erkennbar geäußert worden ist. Der Grund dafür liegt in dem schon oben hervorgehobenen, im gesamten Recht geltenden Grundsatz, daß nur ein sichtbar gemachter Wille juristische Bedeutung haben kann. (vgl. dazu das in der Einleitung über den Erwerb des mittelbaren Besitzes an dem verlorenen Ring und das weiter unten über den Wiedererwerb des gestohlenen Hundes und den Erwerb an dem heimlich in meine Tasche gesteckten Gelde Gesagte).

Auch Warneyer [13]) lehrt, daß „ein auf die Erlangung des Besitzes gerichteter Wille (Besitzwille)"

13) Anm. III, 1 zu § 854 BGB, S. 4.

nicht erforderlich sei. Aus seinen Ausführungen geht u. a. hervor, daß auch er die bereits als fehlgehend erkannte Auffassung vertritt, daß der möglicherweise auftretende Besitzwille ein juristisch qualifizierter Wille sei, den nur juristisch willensfähige Personen haben können.

Als Beispiel für den Besitzerwerb ohne einen entsprechenden Besitzwillen führt Warneyer den Besitzerwerb an den in den Wohnungsbriefkasten geworfenen Briefen an. Die Tatsache, daß an den in den Wohnungsbriefkasten geworfenen Briefen auch ohne spezielles Wissen und ohne spezielles Wollen des Wohnungsinhabers Besitz erworben werden kann, ist jedoch keineswegs als Argument für die Theorie anzusehen, daß Besitz auch ohne entsprechenden Besitzwillen erworben werden kann. Ähnlich wie der, der einen Stall einrichtet, den in dem Einrichten liegenden und auch erkennbar werdenden, stillschweigend im voraus geäußerten generellen Besitzwillen bezüglich aller im Rahmen und im üblichen Verlauf der Viehwirtschaft erwerbbaren Sachen hat, so hat der, der einen Briefkasten an seiner Wohnung anbringt, den in dem Anbringen liegenden, in erkennbarer Weise stillschweigend im voraus geäußerten generellen Besitzwillen bezüglich aller im Rahmen und im Verlauf der täglichen ordentlichen Abwicklung aller seiner öffentlichen, geschäftlichen und privaten Beziehungen zur Umwelt eintreffenden Sendungen. Der Wohnungsinhaber wird also auch hier nur deshalb Besitzer, weil er den Besitz will. Er wird dementsprechend auch nur insoweit Besitzer, als er den Besitz will, d. h., er wird nicht Besitzer an den an den Nachbarn adressierten, [14]) versehentlich in seinen Briefkasten geworfenen öffentlichen, geschäftlichen und privaten Sendungen, [15]) nicht an den von ihm nicht abonnierten Zeitungen und Zeitschriften, nicht an den unbestellt zugegangenen Reklamepostkarten und Reklamebriefen, so z. B. auch nicht an den unbestellt zugestellten Lotterielosen, Billetts zu irgend welchen Veranstaltungen, zum Kauf angebotenen Ansichtspostkarten, Preisverzeichnissen und Katalogen und ebensowenig an

14) Hierin zu weitgehend Kohler, § 11, II, S. 36, und Rotering, S. 93, bezüglich nicht abonnierter Zeitungen und sonstiger unbestellter Zusendungen.

15) Insoweit wiederum gleicher Meinung Wolff, a. a. O., § 10, III, 1, Anm. 2, S. 30.

unbestellten Päckchen mit Warenproben und Warenangeboten irgendwelcher Art. Aus dem gleichen Grunde erwirbt der Wohnungsinhaber auch keinen Besitz an den in seinen Wohnungsbriefkasten geworfenen sonstigen nicht hineingehörigen Sachen, z. B. Knöpfen, Speiseresten, Papierstücken, kleinen Tieren und ähnlichem. Er wird Besitzer an den öffentlichen und geschäftlichen Zustellungen nur insoweit, als diese von ihm erwartet werden oder üblicherweise erwartet werden müssen, (z. B. Zustellungen, soweit sie nicht persönlich ausgehändigt werden, [Vermerk: Vgl. Urtext S. 87], Mahnungen und Rechnungen aus Verträgen und anderen Rechtsbeziehungen) und an privaten Sendungen insbesondere ebenfalls nur an den erwarteten, bezw. im Rahmen des gewöhnlichen Verkehrs üblicherweise zu erwartenden Sendungen; denn nur auf solche Sachen kann sich sein Besitzwille beziehen und nur insoweit kann sein Besitzwille als in der für den Empfang getroffenen Einrichtung sichtbar verkörpert angesehen werden; daß der Besitzwille eines Wohnungsinhabers sich auch auf üblicherweise unbestellt eintreffende Waren erstreckt, kann nicht angenommen werden, da solche Waren normalerweise nicht nur interesselos behandelt, sondern sogar als Belästigung empfunden werden. [16]) Stets reicht der Besitzerwerb an den in den Briefkasten geworfenen Sachen nur soweit, wie der entsprechende Besitzwille reicht.

Auch Crome [17]) steht auf dem Standpunkt, daß der Besitzwille im Gegensatz zum römischen Recht heute „kein eigenes Erfordernis" des Besitzerwerbs mehr sei. Als Beweis für diese Theorie trifft er zunächst die allgemeine Feststellung, daß es auch zahlreiche Fälle gäbe, in denen „Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache ohne bezügliche Kenntnis, also auch ohne Besitzwillen" erworben wird. Sodann bringt Crome, um diese allgemeine Feststellung im einzelnen zu belegen, einige Beispiele, die er als unbedingte Beweise für seine Theorie angibt. Wir kennen

16) In diesem Zusammenhang muß auch die von Frank (S. 23) vertretene Auffassung abgelehnt werden, daß die Wohnung insoweit als ein großer Briefkasten für alles, was ihr für mich anvertraut wird, anzusehen sei. Vgl. dazu auch Wolff, a. a. O., § 10, III, 1, Anm. 2, S. 31. Zu weitgehend auch Rotering, a. a. O., S. 92 ff.

17) § 344, B, II, 2, S. 27 ff.

diese Beispiele bereits als Argumente der oben zitierten Schriftsteller. Da wir die Beispiele bei der Auseinandersetzung mit diesen Schriftstellern eingehend dargestellt und auf ihre Fähigkeit hin, für die Richtigkeit der Gegenansicht Beweis zu erbringen, untersucht haben, so erübrigt sich eine erneute Darstellung an dieser Stelle. Es handelt sich bei diesen Beispielen zunächst wiederum um die Frage des Besitzerwerbs an den in den Wohnungsbriefkasten geworfenen Briefen. Der Beweiswert dieses Beispiels für die Gegenauffassung wurde bereits untersucht. Sodann nennt Crome als Beweis für die Richtigkeit seiner Lehre den § 857 BGB; er sieht in diesem Paragraphen nicht allein ein Argument für die Richtigkeit seiner Auffassung vom Besitzerwerb, sondern auch einen Beweis dafür, daß das Gesetz selbst den Standpunkt vertritt, daß Besitz ganz allgemein auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen erworben werden kann. Der Beweis dafür, daß eine derartige Argumentation aus § 857 BGB nicht angängig ist, und daß auch die von Crome zitierte Stelle der Protokolle (Bd. III S. 30 ff.) kein absolut gültiger Ausdruck der Auffassung des Gesetzes ist, wurde ebenfalls bereits im vorigen Abschnitt der Arbeit geführt. Auf S. 28, Anm. 49 a. a. O. behauptet Crome, daß zwar an den in den Briefkasten geworfenen Sachen, dem Wild in der Falle und den in meine Wohnung gesandten Sachen Besitzerwerb ohne Wissen und Wollen des Erwerbers eintritt, während dies bei Sachen, die der Wind auf mein offenes Grundstück weht, [18]) nicht der Fall sein soll. Als Begründung für diese unterschiedliche Behandlung ein und desselben Falles führt Crome an, daß im Falle des Briefkastens, der Wildfalle und der Wohnung die Sachen in meinen unzweifelhaften Machtbereich eingetreten sind, während man dies von den auf mein offenes Grundstück gewehten Sachen nicht sagen könne. Im letzteren Falle trete daher Besitzerwerb erst bei entsprechender Willensbetätigung ein. Ein anderer als ein gradueller Unterschied ist jedoch in den angeführten Beispielen nicht zu erkennen. Beide Male gelangt eine Sache in meine objektive Gewaltsphäre. Der Umstand, daß diese Gewaltsphäre bei den zuerst angeführten Beispielen nach

18) Daß in solch einem Falle zunächst noch kein Besitzerwerb eintritt, ergibt sich positiv aus § 867 BGB, zu dessen Sinn und Bedeutung Crome a. a. O., Anm. 49, S. 29 leider keinerlei Stellung nimmt.

außen hin deutlicher erkennbar ist als bei dem letzteren, (man denke z. B. an einen auf meinen Acker gewehten Hut), läßt die beiden Fälle nicht als prinzipiell verschieden erscheinen, da Kern z. B. sowohl des Zusendungsfalles und des Briefkastenfalles wie des Falles der auf mein offenes Grundstück gewehten Sachen die in gleicher Art entstehende — beim Erwerb durch Briefkästen und bei Zusendungen, soweit es sich um unbestellte Sachen handelt, [19]) — objektive Innehabung ist. Entscheidet man diese Fälle nach dem jeweils vorliegenden Intensitätsgrade der Beherrschung prinzipiell verschieden, so gibt man damit jede klare theoretische Formel für den Besitzerwerb auf und ist auf eine von keinem konsequenten grundsätzlichen System gehaltene ungewisse Entscheidung je nach Lage des Falles angewiesen. Einen klaren Maßstab für jeden vorliegenden Fall gewinnt man nur, wenn man sich entweder auf den Standpunkt stellt, die bloße objektive Raumlage genügt stets zum Besitzerwerb, oder aber neben der räumlichen Herrschaftslage stets ein entsprechendes Willensmoment fordert.

Der von uns vertretenen Auffassung räumt Crome lediglich soviel ein, daß er feststellt, daß der Besitzwille keineswegs völlig bedeutungslos sei, da es häufig (wie z. B. bei den auf ein offenes Grundstück gelangten Sachen) Fälle geben wird, in denen die tatsächliche Gewalt nur willkürlich erworben werden kann. Die bloße objektive Raumlage könne in solchen Fällen nicht als tatsächliche Gewalt, mithin nicht als Besitz angesprochen werden, bevor nicht ein entsprechender, äußerlich sichtbarer Willensakt vorgenommen sei. Crome faßt diese Gedanken u. a. wie folgt zusammen:

> „Der Besitzwille ist also kein unerläßliches... Erfordernis des Besitzerwerbs mehr. Er bedingt aber häufig die anderen Erfordernisse.“ [20])

Ähnlich wie die oben behandelten Schriftsteller nimmt auch Crome in der Lehre vom Besitzerwerb eine Mittelstellung ein, die zur Folge hat, daß sich aus ihr ein klarer Maßstab für alle Fälle nicht ergibt. Besitz wird teils mit, teils ohne Besitzwillen erworben. Es bleibt dem Ermessen überlassen, ob die jeweils ge-

19) Zu dem Besitzerwerb an Wild, das in die Falle gerät, vgl. Näheres weiter unten.
20) Anm. 48, S. 28.

gebene räumliche Lage nach der Verkehrsauffassung bereits als tatsächliche Gewalt und damit als Besitz aufzufassen ist oder nicht.

Dieser Anschauung kann von uns nicht gefolgt werden; nach unserer Auffassung ist in jedem Falle die Klärung der Frage, ob das Entstehen der räumlichen Beherrschungslage willentlich erfolgt ist oder nicht, erforderlich und genügend; [21]) allein nach dem Willensmoment ist zu entscheiden, ob bei vorhandener äußerer Beherrschungsmöglichkeit Besitzerwerb eingetreten ist oder nicht.

Zur Verdeutlichung der uns entgegengesetzten Auffassung vom Besitzerwerb in ihren Ausgangspunkten, ihrem Aufbau und ihren logischen und praktischen Folgen mag die nähere Darstellung der von Staudinger, Siméon-David, Biermann, Warneyer und Crome zu dem Problem gemachten Ausführungen genügen. In ihnen verkörpert sich in ihren wesentlichsten Punkten die gesamte, von uns verworfene Lehre von dem auch ohne Willensbetätigung zustandekommenden Besitzerwerb. Alle weiteren Schriftsteller, die ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, daß Besitz auch ohne entsprechende Willensbetätigung erworben werden kann, gelangen zu diesem Resultat im wesentlichen auf Grund der gleichen, aus dem Gesetz und seinen Materialien entnommenen Gedanken einerseits und auf Grund der gleichen, teils bereits entschiedenen, teils konstruierten Fälle andererseits. Zu den zum Beweise herangezogenen Gesetzesvorschriften und Fällen fügen sie sodann die ebenfalls im wesentlichen übereinstimmenden theoretischen Erwägungen mit ihren logischen und praktischen Folgerungen.

Als Vertreter der von den oben behandelten Schriftstellern aufgestellten Theorien sind noch Strohal und Kniep zu nennen.

---

1) Rein prozeßtechnisch wird man allerdings im Beweisverfahren häufig ohne Aufstellung allzu strenger Maßstäbe die erkennbare Äußerung eines Besitzerwerbswillens als vorhanden ansehen können, wenn die Umstände des Falles für ein derartiges Ergebnis sprechen; einen solchen erkennbar geäußerten Besitzwillen als etwas Selbstverständliches zu unterstellen oder auf die Nachforschung nach seinem Vorhandensein gänzlich zu verzichten, darf jedoch dem Richter niemals gestattet sein.

Strohal [22]) gibt zwar zu, daß der Besitzwille beim Besitzerwerb eine sehr erhebliche Rolle spielt, hält im übrigen aber Besitzerwerb ohne einen entsprechenden Willen für möglich; so erwirbt nach ihm z. B. der, in dessen Brieftasche ohne sein Wissen und Wollen Papiere geraten, Besitz an diesen, während er nicht Besitzer des Schwemmholzes wird, das ohne sein Wissen und Wollen auf sein offenes Grundstück gerät. Diese beiden Fälle seien wesentlich voneinander verschieden. Als Argument für die grundsätzliche Unterschiedlichkeit dieser beiden Fälle wird § 867 BGB angeführt. Daß es sich hier um prinzipiell gleiche Fälle handelt, wurde bereits oben dargetan; § 867 BGB ist kein Beweis dafür, daß der Brieftaschenfall von dem Schwemmholzfall grundsätzlich verschieden ist, sondern lediglich dafür, daß in dem Brieftaschenfall ebensowenig Besitz durch die bloße räumliche Herrschaftslage erworben werden kann wie in dem Fall mit dem Schwemmholz. Über den Fall, daß Sachen ohne mein Wissen und Wollen in meine Brieftasche oder Manteltasche geraten, z. B. durch meinen Vater, der mir durch heimliches Zustecken eines Geldscheines eine Überraschung machen will, oder von einem Diebe, der eine gestohlene Sache heimlich in meiner Tasche verbirgt, um den Verdacht von sich abzulenken, herrschen zum Teil auch auf Seiten der subjektiven Theorie unhaltbare Ansichten. So z. B. bei Frank (S. 57), der feststellt, daß ich den Geldschein doch sicher haben möchte und deshalb auch Besitz an ihm erwerbe, aber vergißt, daß der gewiß als generell vorhanden zu unterstellende Wille jedoch in keiner Weise sichtbar verkörpert und daher für den Besitzerwerb unbrauchbar ist. Auch verwechselt Frank a. a. O. das Entstehen und Bestehen des Besitzes an den in meiner Tasche befindlichen Sachen. Für das letztere bildet die Tasche zwar eine sichtbare Verkörperung eines generellen Besitzwillens, d. h. eines generellen Besitzerhaltungswillens, nicht aber eines generellen Besitzerwerbswillens. Eine Tasche ist keine, einen Besitzerwerbswillen sichtbar verkörpernde, aufnahmebereite Besitzerwerbsvorrichtung wie ein Briefkasten, sondern lediglich eine Besitzerhaltungsvorrichtung wie ein Schrank oder Tresor.

Auch nach Kniep [23]) ist der Wille kein notwendiges Erfordernis zum Besitzerwerbe; allerdings wird er

22) in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 1 ff., insbes. S. 66 ff.
23) III, A, a, S. 91 ff.

regelmäßig eine Begleiterscheinung des Besitzerwerbes sein; notwendiges Erfordernis aber sei er nur ausnahmsweise, so z. B. beim Erwerbe des fehlerhaften Besitzes und des Eigenbesitzes.

Auch Goldmann-Lilienthal, [24]) Turnau-Förster, [25]) Matthiass, [26]) Maenner, [27]) Franz Leonhard, [28]) Eltzbacher, [29]) Immanuel Bekker [30]) und Bartels [31]) vertreten die Auffassung, daß zum Besitzerwerbe ein entsprechender Besitzwille nicht erforderlich sei, obwohl sie zugeben, daß es einige zweifelhafte Fälle geben könne, in denen die bloße räumliche Herrschaftslage allein zum Besitzerwerbe nicht ausreiche.

So führt z. B. Matthiaß [32]) als Beispiel für einen derart gelagerten Fall die von § 867 BGB getroffene Lage an und verfällt damit in die gleiche anfechtbare Art der Schlußfolgerung wie Strohal.

Maenner [33]) und Bartels [34]) meinen, ein entsprechender Besitzwille wird beim Besitzerwerb „freilich der Regel nach auch vorhanden sein“ [35]), während Bekker [36]) sogar annimmt, daß der Besitz „in den weitaus meisten Fällen durch Handlungen des Erwerbenden, animus und corpus, wie Jhering will, gewonnen werden wird. [37])

Im Ergebnis gleicher Meinung sind auch Jung [38]), Kretzschmar [39]), Levin Goldschmidt [40]), Bendix [41]),

---

24) § 2, 1, insbes. Anm. 4, S. 8.
25) Anm. 4 zu § 854 BGB, S. 63.
26) § 146, I, 1, S. 435.
27) S. 131.
28) Lehrb. in kurzen Sätzen, S. 115, II, A; S. 116, III, B.; Vertretung b. Fahrniserwerb, § 26, S. 69 und S. 70.
29) S. 211.
30) S. 28ff., S. 31ff., S. 39.
31) S. 654, IV.
32) § 146, I, 1, S. 435.
33) S. 131.
34) S. 654, IV.
35) Bartels, S. 654, IV.
36) S. 39.
37) Nicht eindeutig klar wird die Stellungnahme Altsmanns, § 72, S. 207 und S. 208, Korns, S. 314, IV, Loewenwarters, S. 339 und Krückmanns, § 70, S. 567, doch scheinen sie mehr der objektiven Theorie zuzuneigen.
38) § 214, a, S. 924.
39) S. 15, der jedoch nicht soweit geht, auch einen Besitzerwerb gegen den Willen des Erwerbers zuzulassen.
40) S. 65.
41) S. 45.

Rosenberg [42]), Auerbach [43]), Aravantinos [44]), Müller und Meikel [45]), Achilles (Greiff) [46]), Neumann [47]), B. Wolf [48]), Soergel [49]), Meisner [50]) und von den Vertretern des neuesten Schrifttums insbesondere Heck [51]).

Nach Heck [52]) ist das Vorliegen der sog. „schutzwürdigen Bereitschaftslage" für den Besitzerwerb erforderlich und genügend. Die Bereitschaftslage ist immer dann hergestellt, wenn die zu erwerbende Sache in die Nutzungs- oder Interessensphäre des Erwerbers „eingefügt" ist. Wann eine solche „Einfügung" vorliegt und wann nicht, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung. Die schutzwürdige Bereitschaftslage ist der „objektive Tatbestand" des Besitzerwerbes; dieser genügt für den Erwerb des Besitzes, wenn er nach der Verkehrsanschauung als eine Herrschaftslage anzusehen ist, die von der Allgemeinheit berücksicht zu werden verdient, d. h. wenn eine Lage gegeben ist, „bei der nach der Erfahrung des Lebens die Benutzungsmöglichkeit im Laufe der Zeit oder bei vorhandenem Bedarf zu erwarten ist." Da demnach für das Vorliegen einer derartigen schutzwürdigen Bereitschaftslage lediglich das Vorhandensein bestimmter objektiver, von der jeweiligen Verkehrsanschauung gebildeter Begriffsmerkmale genügt, so kann mithin eine derartige Bereitschaftslage auch beim Fehlen jeglicher subjektiver Elemente entstehen, d. h. ein Besitzerwerb auch ohne irgendeine Willensbetätigung eintreten. Der Besitzwille ist daher „als besonderes Erwerbselement" abzulehnen. An den von Heck angeführten Argumenten ist neu lediglich die Betonung des aus § 855 BGB gewonnenen, das sich jedoch bei näherer Untersuchung als ebensowenig stichhaltig erweist [53]) wie die anderen Argumente, die von Heck und den oben zitierten Schriftstellern zum Beweise ihrer

42) S. 25 ff.
43) S. 15 und S. 16.
44) S. 125 und S. 126.
45) § 206, S. 693.
46) Vorbem. zu § 854 BGB, 3, S. 470 und 471 und Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 472.
47) Anm. 2b zu § 854 BGB, S. 694.
48) Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 281.
49) Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 3.
50) Anm. 2 zu den §§ 854 bis 856 BGB, S. 5.
51) § 6, 4, S. 26 und § 10, 4, S. 38.
52) § 6, 4, S. 26 und § 10, 4, S. 38.
53) vgl. dazu auch die in Abschn. II der Arbeit über § 855 BGB gemachten Ausführungen.

Auffassungen angeführt worden sind. Wie der, der einen Wohnungsbriefkasten anbringt, Besitz an den eingehenden Sachen nur soweit erwirbt, wie sein genereller, den Kreis der normalerweise eingehenden Sachen umspannender Wille reicht, so kann auch der Besitzherr in Analogie zu dem Besitzerwerb durch Vorrichtungen und Geräte für den Fall, daß er zum zukünftigen Besitzerwerb an noch nicht bestimmten Sachen einen Besitzdiener (z. B. eine Hausangestellte zum Einkauf) beauftragt, nur an den Sachen Besitz erwerben, auf die sich beim Entsenden des Besitzdieners sein genereller Besitzerwerbswille erstreckt, d. h. nur an Sachen, deren Besorgung durch den Besitzdiener er im Rahmen seines Wirtschafts- und Geschäftsablaufes normalerweise erwarten kann. Der Besitzdiener, der gemäß § 855 BGB, solange er mit Besitzdienerwillen erwirbt, selbst nicht Besitzer wird, ist beim Besitzerwerb als verlängerter Arm des Besitzherrn anzusehen, oder, rein begriffstechnisch gesprochen, geradezu als ein „lebendes Gerät", als ein „lebender Briefkasten"; denn es wäre nicht einzusehen, weshalb dem Erwerber bei dem Erwerb durch einen Hausbriefkasten der Besitz an nicht für ihn bestimmten oder überhaupt nicht in den Briefkasten hineingehörigen Sachen nicht aufgedrängt werden kann, weil sein von vornherein gebildeter und sichtbar geäußerter Gesamtwille sich auf diese Sachen nicht erstreckt, während er andererseits Besitzer an irgendwelchen, völlig willkürlich sinnwidrig durch seine Hausangestellte für ihn besorgten Gegenständen werden würde; auch in diesem Falle wird Besitz gemäß § 855 BGB nur deshalb erworben, weil er gewollt, und nur soweit, wie er wollt ist. Auch Heck konnte die innere Schwäche der von ihm und den oben zitierten Schriftstellern vertretenen Ansicht, die sich in dem Fehlen einer widerspruchslosen, klar gegliederten und bedingungslos verwendbaren Konstruktion einerseits und in der sich schon zur grundsätzlichen Klärung der Lage als notwendig erweisenden Zuhilfenahme des von Fall zu Fall heranzuziehenden vagen Begriffs der Verkehrsanschauung andererseits zeigt, nicht überwinden.

Auf der von Heck ausgestalteten Lehre von der schutzwürdigen Bereitschaftslage baut sodann im wesentlichen Schröder [54]) auf. Auch nach ihm genügt

---

54) S. 32ff.

für den Besitzerwerb das Entstehen der Bereitschaftslage ohne Rücksicht auf einen entsprechenden Besitzwillen, obwohl dieser in zahlreichen Fällen vorhanden sein mag. [55]) Auch er kann den für seine Konstruktion primär und grundsätzlich wichtigen Maßstab dafür, wann nun eine Sache zur Verwendung jemandes bereit erscheint, nur aus der jeweiligen Verkehrsanschauung herleiten. Die Verkehrsanschauung sei vorwiegend als von wirtschaftlichen Gesichtspunkten geleitet aufzufassen, so daß man insbesondere stets dann die Bereitschaftslage unbedenklich als vorliegend ansehen kann, wenn der Erwerber die wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit der Sache hat. Die Sache muß sich in einer mit dem Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung übereinstimmenden Lage befinden [56]). Ebenso wie das System der oben zitierten Schriftsteller, so führt auch das von Schröder ausgearbeitete notgedrungen dazu, daß Besitz auch ohne den Willen des Erwerbers, ja sogar zu dem absurden Ergebnis, daß er auch gegen den Willen des Erwerbers erworben werden kann. Diese, sich zwar logisch aus dem System der oben zitierten Schriftsteller ergebende, rechtlich aber unmöglich vertretbare Folgerung [57]) wird denn auch von Schröder unbedenklich ausdrücklich gezogen [58]). Zu was für bedenklichen Ergebnissen diese Anschauung praktisch führen kann, zeigt sich am besten an dem von Schröder selbst angeführten Beispiel [59]), daß jemand Besitzer von Sprengstoff wird,

---

55) S. 33.

56) vgl. Schröder, S. 37.

57) Daß diese Folgerung rechtlich völlig unvertretbar ist, ergibt sich nicht allein aus den weiter unten angeführten Beispielen, sondern schon aus dem Sinn und Begriff der tatsächlichen Herrschaft. Wie kann der Antritt einer Herrschaft jemanden aufgezwungen werden? Wäre das denkbar, so würde der Herrscher überhaupt nicht Herrscher, sondern Beherrschter sein. Er wäre der Sklave einer rein äußeren Situation, nicht aber der freie Herr über eine im ganzen und im einzelnen von seinem Willen abhängige Lage.

58) S. 35.

59) S. 35 und S. 36. Schröder weist darauf hin, daß es ja stets auch praktisch leichter sei, das Vorhandensein einer bestimmten äußeren Raumlage nachzuweisen als das Vorhandensein des „inneren" Besitzwillens. Dem ist zu entgegnen, daß auch nach unserer Auffassung dieser „innere" Wille noch nicht genügt, daß vielmehr erst der in erkennbarer Weise geäußerte innere Wille für den Besitzerwerb ausreicht. In Wahrheit ist also auch der von uns geforderte Wille gar keine schwer beweisbare innere Tatsache, sondern vielmehr eine äußere.

der ohne sein Wissen und Wollen von dritter Seite in seiner Wohnung versteckt worden ist. Nach Schröder hat der Inhaber der Wohnung Besitz an dem Sprengstoff erworben, weil dieser im Verhältnis zur Wohnung nach außen hin als zur Verwendung des Wohnungsinhabers bereit erscheint. Von der Außenwelt aus gesehen, erscheint danach auch die Bombe innerhalb meiner Wohnräume zu meiner Verwendung bereit, die mit einem Zeitzünder versehen und dazu bestimmt ist, mich mitsamt meiner Wohnung in die Luft zu sprengen! Aus dem Sinn und Zweck der Wohnung ergebe sich, daß alles, was dem Wohnungsinhaber bewußt oder unbewußt, von ihm gewollt oder nicht gewollt, in die Wohnung eingebracht wird, auch als in seinen Besitz übergehend angesehen werden muß [60]).

Von den älteren Dissertationen wird die Ansicht, daß Besitz auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen erworben werden kann, u. a. von Burghoff [61]), Thoma [62]), Raape [63]), Stemann [64]), Höpker-Aschoff [65]), Hirschowitz [66]) und Petzal [67]) vertreten. Bei Thoma heißt es u. a. [68]):

> Insoweit man den Besitzwillen als ein zweites, unumgängliches Erfordernis der Besitzbegründung aufstellt, stempelt man ihn zu einem rechtsgeschäftlichen und schließt damit die Geschäftsunfähigen vom Besitzerwerb aus . . ." „Wir schließen uns mithin

---

Diese äußerlich sichtbare Verkörperung des Willens ist ebensogut einer Beweisprüfung zugänglich wie das Vorliegen einer bestimmten räumlichen Lage; vgl. dazu auch Schröder, S. 33, wo ebenfalls irrtümlicherweise der Besitzwille als innerer Wille, als unsichtbarer innerer Tatbestand angesehen wird, während er genauso wie die Raumlage „äußerer Zustand" sein muß, um für den Besitzerwerb auszureichen.

60) Vgl. dazu auch Thoma, S. 15, der mit Recht darauf hinweist, daß eine Dynamitbombe der Zweckbestimmung meiner Wohnung ja gerade zuwiderläuft. Dies Ergebnis dürfte daher selbst vom Standpunkt der objektiven Theorie aus kaum gebilligt werden können.

61) S. 31 ff.

62) S. 27 und S. 31 bezüglich der vom Gesetz selbst vertretenen Ansicht.

63) S. 8, S. 53.

64) S. 44.

65) S. 33.

66) S. 12.

67) S. 11.

68) S. 30 ff.

dem Satze von Planck S. 32 u. an: „Es unterliegt hiernach keinem Zweifel, daß das Gesetz weder einen Besitzerwerb ohne Willen noch einen Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige ausschließt . . ." [69]".

Auch nach unserer Auffassung können Geschäftsunfähige Besitz erwerben, aber nicht deshalb, weil sie bei vorliegender Beherrschungslage automatisch Besitzer werden, sondern deshalb, weil — wie schon hervorgehoben — der für jeden Besitzerwerb erforderliche Besitzwille ein Wille im natürlichen Sinne ist, durch dessen Betätigung jeder faktisch willensfähige Mensch Besitz erwerben kann.

Behauptet man mit Raape [70], daß das Gesetz selbst auf dem Standpunkt steht, Besitzerwerb müsse auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen möglich sein, so kann man als Grund für diese Ansicht des Gesetzes sehr wohl annehmen, daß der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen [71] heraus zu dieser Auffassung gelangt ist, insofern, als er glaubte, mit einer derartigen Regelung den praktischen Bedürfnissen gerechter werden zu können als mit einer eindeutigen Vorschrift, durch die der Besitzwille bedingungslos zur Voraussetzung des Besitzerwerbs gemacht wird, wie das z. B. durch § 797 des ersten Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschehen war. Insoweit spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes durchaus zugunsten der Auffassung, daß das Gesetz selbst ganz allgemein einen Besitzerwerb auch ohne Besitzwillen für zulässig halte; daß indes weder die Gesetzesmaterialien noch der bloße äußere Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB allein gültige Anhaltspunkte für die Erforschung der Ansicht des Gesetzes abgeben können, wurde bereits in Abschnitt II der Arbeit auseinandergesetzt.

Falsch wäre es jedoch, die nach unserer Ansicht rechtsdogmatisch nicht haltbare Auffassung der oben zitierten Schriftsteller lediglich deshalb zu vertreten, weil sie möglicherweise dem praktischen Bedürfnis in weitgehenderem Maße Rechnung trägt als die von uns vertretene Ansicht. Die größere praktische Brauchbarkeit einer Theorie an sich ist kein Argument für ihre wissen-

---

69) S. 31.
70) S. 72.
71) Vgl. dazu nochmals die in den Protokollen, Bd. III, S. 30 S. 33, S. 166 und S. 167 gemachten Ausführungen.

schaftliche Unanfechtbarkeit. Nach unserer Auffassung ist in der „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" begrifflich notwendig auch das Erlangenwollen der tatsächlichen Gewalt enthalten; denn man kann faktisch nicht eine Herrschaft antreten, die man nicht antreten will [72]).

Während also in dem Begriff der „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" das Willensmoment notwendigerweise enthalten ist, ist es schon wieder zweifelhaft, ob es auch mit der gleichen zwingenden Notwendigkeit in dem Begriff des Erlangens, Erreichens, Erwerbens schlechthin enthalten ist, d. h., ob man wirklich annehmen muß, daß man nur erlangen kann, wonach man gelangt, erreichen nur, wonach man gereicht und erwerben nur, worum man geworben hat [73]). Das kann u. E. rein begrifflich zwar angenommen werden, darüber hinaus jedoch als zwingendes Wortargument aus § 854 BGB nicht angesehen werden, weil das Gesetz in der Verwendung der Bezeichnungen ganz allgemein sowie in der Verwendung des Wortes „erlangen" insbesondere keineswegs einheitlich verfährt, wie man z. B. aus der Verwendung dieses Wortes in den §§ 3 Abs. 2, 121, 532, 561 Abs. 2, 718 Abs. 2, 1719, 1736, 1757 Abs. 1 und 2053 Abs. 2 ersieht. In den genannten Vorschriften verbindet das Gesetz mit dem Begriff des Erlangens keineswegs eine irgendwie geartete Willenstätigkeit.

Wie die Ergebnisse Thomas so können auch die Raapes von uns nicht gutgeheißen werden, da beide Verfasser einen Besitzerwerb ohne Besitzwillen billigen. Zu der gleichen Stellungnahme kommen wir auch den von Burghoff, Stemann, Höpker-Aschoff, Hirschowitz und Petzal gefundenen Ergebnissen gegenüber, da auch nach ihnen ein Besitzerwerb ohne Besitzwillen für möglich gehalten wird.

2. Zusammenfassender Überblick über die von uns vertretene Theorie vom Besitzerwerb.

Nachdem wir uns in Abschnitt III der Arbeit bereits vorbereitend mit den von den Vertretern der uns entgegengesetzten Auffassung entwickelten Theorien vom Besitzerwerb auseinandergesetzt haben, wollen wir nun dazu übergehen, die von uns vertretene Anschau-

72) vgl. Eck, S. 4.
73) vgl. Endemann, S. 175.

ung zusammenzufassen unter besonderer Berücksichtigung des mit uns übereinstimmenden Schrifttums und der sowohl von diesem als auch von der Gegenseite angeführten Beispiele und der bereits entschiedenen Fälle.

An die Spitze unserer Ausführungen stellen wir die unseren wissenschaftlichen Gegnern bereits mehrfach entgegengehaltene Theorie, daß zum Besitzerwerb nicht eine irgendwie geartete objektive Beherrschungslage, sei es, daß man sie Innehabung oder Gewahrsam nennt, genügt, sondern daß zum Entstehen der objektiven Raumlage noch ein entsprechender Besitzerwerbswille hinzukommen muß. Ebensowenig wie das Entstehen der Beherrschungslage für sich allein so reicht auch die einseitige, erkennbare oder nicht erkennbare Willensäußerung ohne jede Beherrschungslage für den ursprünglichen Besitzerwerb nicht aus. Auf den Ausnahmefall des § 854 Abs. 2 BGB [74]) und die mit ihm verbundene Problematik braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.

Dieser Besitzwille muß erstens gefaßt und zweitens in erkennbarer Weise geäußert sein. Der Besitzwille muß, sei es, daß seine Äußerung ausdrücklich durch Worte oder stillschweigend durch die Vornahme irgendwelcher Handlungen geschieht, der Außenwelt gegenüber in äußerlich erkennbarer Form zum Ausdruck gebracht werden, d. h. schon bei seiner Äußerung unzweideutig kenntlich werden. Dabei ist nicht erforderlich, daß ein konkreter Wille, vielmehr genügt es auch, wenn ein bloß genereller Wille geäußert wird. Ferner ist nicht erforderlich, daß der Besitzwille bei dem Akt der Besitzergreifung geäußert wird, er kann der konkreten Erwerbshandlung auch vorgehen, keinesfalls aber genügt es, wenn er dem Entstehen der objektiven Beherrschungslage erst nachfolgt [75]); in solch einem Falle tritt der Besitzerwerb erst in dem Augenblick ein, in dem der Wille zu der objektiven Beherrschungslage sichtbar, z. B. durch die konkrete Erwerbshandlung hinzutritt. Eine Rückwirkung auf den Augenblick des Eintritts der objektiven Beherrschungslage ist unmöglich; ein Be-

74) § 854 Abs. 2 BGB regelt lediglich einen besonderen Fall des abgeleiteten Besitzerwerbs.

75) Einen Willen mit rückwirkender Kraft läßt Affolter zu: Archbürg R., Bd. 17, S. 1 ff.

sitzwille mit rückwirkender Kraft ist eine rechtlich nicht haltbare Fiktion. Fiktionen sind im Gebiete des Besitzerwerbs und -verlustes unhaltbar, weil es sich hier um die Feststellung ganz konkreter, äußerlich erkennbarer Tatsachen handelt: corpus und animus. Diese sind entweder faktisch gegeben oder nicht. Fingiert werden können sie keinesfalls. So handelt es sich bei der von uns z. B. in dem Briefkastenfall oder dem Fall des Besitzerwerbs an Fallobst vorgenommenen Konstruktion eines von vornherein in erkennbarer Weise geäußerten generellen Besitzerwerbswillens nicht um eine Fiktion, d. h., wir nehmen nicht an, daß bei solcher Lage der Wille als vorhanden gilt oder gelten kann, daß also die Situation so behandelt werden kann, als ob ein Wille vorhanden ist, sondern wir ermitteln dabei lediglich im Wege vernünftiger Auslegung, z. B. durch angemessene, dem wahren Willen der Parteien entsprechende extensive Interpretationen, ob ein in erkennbarer Weise geäußerter Erwerbswille vorhanden ist oder nicht. Nur die äußerlich sichtbaren Tatsachen allein sind dafür entscheidend, ob ein Erwerbswille vorliegt oder nicht. Die Tatsache des Anbringens des Briefkastens z. B. enthält die allen sichtbare Verkörperung des Erwerbswillens [76]). Die Frage seiner Existenz und seines Umfanges ermitteln wir durch äußere Feststellungen, ev. sinngemäße Unterstellungen unter Zuhilfenahme der Auslegung, nicht aber durch Fiktionen.

Der Besitzwille ist kein juristisch qualifizierter Wille, sondern ein Wille in natürlichem Sinne, den jeder faktisch Willensfähige haben kann; es können ihn also auch Kinder, Geschäftsunfähige und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte haben, soweit sie faktisch willensfähig sind. Lediglich Bewußtlose, Vollidioten, Säuglinge und ganz kleine Kinder können ihn nicht haben, da sie nicht einmal faktisch willensfähig sind.

Wie wir bereits in Abschnitt II der Arbeit ausgeführt haben, muß zwar zugegeben werden, daß die Entstehungsgeschichte des Gesetzes möglicherweise gegen unsere Theorie spricht, wie dementsprechend auch gegen unsere Behauptung, daß das Gesetz selbst unsere Auffassung vom Besitzerwerb teilt; wir haben sodann

---

76) und dabei naturgemäß zugleich auch des Willens, den erworbenen Besitz zu behalten, im Gegensatz z. B. wiederum zu der Manteltasche, die lediglich den Besitzerhaltungswillen verkörpert.

aber im gleichen Abschitt der Arbeit zu beweisen versucht, daß die Entstehungsgeschichte des Gesetzes für die endgültige Einstellung dieses zu einer bestimmten Frage keineswegs immer mit absoluter Sicherheit Beweis zu erbringen braucht, da die endgültige Fassung einer Vorschrift, d. h. insbesondere die Art ihrer Fassung, besonders der Wortfassung ihre spezielle Formulierung oftmals lediglich rechtspolitischen Erwägungen verdankt; so ist u. E. die ausdrückliche Erwähnung eines Besitzwillens in § 854 Abs. 1 BGB unterblieben, weil man andernfalls fürchtete, zu Irrtümern und Mißverständnissen Anlaß zu geben; die Lösung der Frage, ob ein entsprechender Besitzwille zum Besitzerwerb erforderlich ist oder nicht, sollte der Wissenschaft überlassen bleiben.

Sodann stellten wir ebenfalls bereits in Abschnitt II der Arbeit die Paragraphen zusammen, die für die Richtigkeit unserer Auffassung Beweis erbringen können. Wir wiesen nach, daß sich aus § 867 und § 984 BGB insbesondere klar ergibt, daß die räumliche Lage allein zum Besitzerwerb nicht ausreicht. Wir wandten uns unter Hinweis auf die systematische Stellung des § 867 BGB gegen die Behauptung, daß dieser Paragraph lediglich eine im Gesetz besonders hervorgehobene Ausnahmebestimmung sei. Wir wiesen nach, daß weder § 855 BGB noch § 857 BGB als Argumente für die Behauptung, daß das Gesetz selbst die Auffassung vertrete, Besitzerwerb könne auch ohne einen entsprechenden Besitzwillen erfolgen, zu verwerten sind. An diese Beweisführung schloß sich sodann die weitere, daß auch aus den §§ 911, 946 und 964 BGB keine Argumente für die Richtigkeit der Anschauung, daß nach Ansicht des Gesetzes Besitzerwerb auch ohne Besitzwillen möglich sei, hergeleitet werden können. Wir gingen sodann dazu über, die wissenschaftlichen Gesichtspunkte zu erörtern, die für die Richtigkeit unserer Auffassung sprechen. Wir stellten fest, daß bereits rein begrifflich der Antritt einer tatsächlichen Herrschaft ohne einen entsprechenden Beherrschungswillen nicht vorstellbar sei, und stellten anschließend unter Anführung von Beweisen die vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus festzustellenden Gründe für das von uns gefundene Ergebnis zusammen.

Wir werden uns nunmehr in diesem Abschnitt mit den Ausführungen der unserer Auffassung im Ergebnis oder mehr oder minder auch in der Begründung bei-

tretenden Schriftsteller auseinandersetzen und insbesondere die im Schrifttum sowohl von seiten der uns entgegengesetzten Vertreter der Wissenschaft wie auch von den mit uns übereinstimmenden angeführten Fälle, soweit wir sie nicht schon in den vorangegangenen Abschnitten besprochen haben, im Sinne unserer Lehre zur Lösung bringen.

3. Die mit uns übereinstimmenden Theorien vom Besitzerwerb.

Mit Recht wendet sich der Kommentar der Reichsgerichtsräte [77]) unter Hervorhebung der Tatsache, daß tatsächliche Gewalt ohne entsprechenden Beherrschungswillen nicht denkbar sei, gegen die von vielen Vertretern der uns entgegengesetzten Auffassung gebilligte, aus dieser sich logisch ergebende, rechtlich unhaltbare Folgerung, daß man auch gegen seinen Willen Besitzer werden kann. Auch dieser Kommentar sucht in § 867 BGB ein Argument für die Richtigkeit unserer Anschauung. Seine Ansicht jedoch, daß § 857 BGB deshalb nicht gegen die Richtigkeit unserer Lehre spreche, weil er überhaupt keine Ausnahmebestimmung darstelle, weil in ihm der Besitzübergang lediglich fingiert würde, kann nicht als völlig bedenkenfrei angesehen werden. In dem Wortlaut des § 857 BGB: „Der Besitz geht auf die Erben über" läßt sich nicht unbedingt zwingend eine Fiktion feststellen. Anders wäre es dann, wenn in § 857 BGB stünde: „Der Besitz *gilt* als auf die Erben übergegangen" oder: „Die Erben *gelten* als Besitzer des Erblassers". Wenn auch der Wortlaut des § 857 BGB nicht wie zum Beispiel der Wortlaut des § 911 BGB auf das Vorliegen einer Fiktion schließen läßt, so kann dennoch nicht geleugnet werden, daß in § 857 BGB eine Tatsache — der unmittelbare Besitz — in der Person des Erben als vorhanden angesehen wird, die in der Person des Erben regelmäßig faktisch nicht vorliegen wird; insoweit könnte man in der Tat in der durch § 857 BGB geschaffenen Konstruktion, ohne der Art der Fassung dieser Vorschrift allzu große Bedeutung beizumessen, eine Fiktion erblicken. Es hätte dieser Ausführungen über § 857 BGB a. a. O. nicht bedurft, um die

77) Anm. 3 zu § 854 BGB, S. 3.

Ansicht über die Voraussetzungen des Besitzerwerbes, soweit sie sich aus dem Gesetz entnehmen lassen, zu stützen, da gerade die Feststellung, daß § 857 BGB eine Ausnahmevorschrift darstellt, insofern zur Erhärtung unserer Lehre beiträgt, als man aus der positiv im Gesetz geregelten Ausnahme auf die vom Gesetz selbst aufgestellte Regel schließen kann. (Im einzelnen vergleiche dazu Abschnitt II der Arbeit).

Während Planck [78]) selbst noch die irrige Auffassung vertrat, daß zum Besitzerwerb ein entsprechender Besitzwille nur in den Fällen erforderlich sei, in denen sich nicht bereits aus der räumlichen Lage der Sache zur Person nach der Verkehrsanschauung das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt und damit des Besitzes ergäbe, stimmen die von Brodmann [79]) in Plancks Kommentar später niedergelegten Anschauungen über den Erwerb des Besitzes mit den unsrigen durchaus überein. Allerdings sind nicht alle von Brodmann bei Planck angeführten Argumente überzeugend, so insbesondere das für die auch im Gesetz selbst verankerte Anschauung angeführte Argument aus dem Worte „erlangen" in § 854 Abs. 1 BGB. Wir hatten bereits oben nachgewiesen, daß weder das Gesetz selbst das Wort „erlangen" immer im Sinne eines „mit Willen Erhaltens" verwendet, noch auch begrifflich mit zwingender Notwendigkeit der Wille als im Begriffe des Erlangens schlechthin unwiderleglich enthalten angesehen werden kann; überhaupt kann und braucht man derartigen Wortargumenten keine allzu wesentliche Bedeutung beizumessen, zumal uns zur Stützung unserer Lehre genügend stärkere Argumente zur Verfügung stehen.

Auch Wolff [80]) stimmt mit uns darin überein, daß er zum Besitzerwerb stets einen auf den Erwerb gerichteten Willen verlangt, der kein speziell bestimmter zu sein braucht. So erwirbt der, dem heimlich eine Sache zugesteckt wird, keinen Besitz daran. Wolff weist darauf hin, daß auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus kein Bedürfnis bestehe, den „Besitz" eines Menschen, dem eine Sache während des Schlafes zugesteckt wird, zu schützen. Dieser Ansicht kann nicht unbe-

78) In der 3. Auflage seines Kommentars zum BGB aus dem Jahre 1906 in Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 31.
79) Anm. 2 zu § 854, S. 38ff.
80) § 10, II, III, S. 30.

dingt beigetreten werden; so wird man z. B. durchaus das Bedürfnis empfinden, den Sohn besitzrechtlich zu schützen, dem der Vater vor seiner Abreise noch heimlich einen Geldschein in die Manteltasche steckt, um ihn damit zu überraschen. Besitz an dem Geldschein erwirbt der Sohn aber erst in dem Augenblick, in dem er ihn entdeckt, sich entschließt, ihn zu behalten und diesen Entschluß auch äußerlich in erkennbarer Weise betätigt, z. B. dadurch, daß er das in seiner Manteltasche entdeckte unbekannte Stück Papier herausnimmt, untersucht und, nachdem er sich über die Art und Weise seines Hineingelangens klar geworden ist, es mit dem Entschluß, es zu behalten, von neuem in der Tasche verwahrt oder, seinen Besitzerwerbs- und Besitzerhaltungswillen noch unzweideutiger erkennen lassend, es aus der Manteltasche entfernt und zu seinem übrigen Gelde in seine Brieftasche steckt. Die Ansicht Wolffs, daß in den Fällen des heimlichen Zusteckens kein Bedürfnis bestehe, dem Empfänger den Besitzentziehungsanspruch zu geben, weil er ja gegen Angriffe gegen seine Person oder sein Vermögen gemäß § 227 BGB im Wege der Notwehr vorgehen könne, kann nicht gebilligt werden. Wollte man so argumentieren, so könnte man möglicherweise jeden, gesetzliche Ansprüche begründenden Schutz gegen Angriffe Dritter für überflüssig erklären, weil dem Angegriffenen die aus § 227 BGB sich ergebenden Rechte ja immer zustehen. Dabei ist noch zu beachten, daß der Überfallene möglicherweise gerade durch die Verteidigungshandlung Besitz an der Sache ergreift, die er überhaupt erst bei dem Versuch eines Dritten, sie ihm zu entwenden, erwachend als Geschenk von irgendwelcher Seite erkannt hat. In der Abwehr äußert sich dabei sein Erwerbswille in erkennbarer Weise und zugleich der Wille, den soeben [81]) erworbenen Besitz zu behaupten. Der Anschauung Wolffs gegenüber muß daran festgehalten werden, daß die Möglichkeit, sich gemäß § 227 BGB mit Gewalt einem Angriff gegenüber zu wehren, nicht als ausreichender gesetzlicher

81) Auch an dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, daß auch in solch einem Falle eine Zurückfiktion des Besitzerwerbs auf den Zeitpunkt des Entstehens der objektiven Gewaltlage nicht angängig ist, weil die z. B. von Affolter a. a. O. S. 1 ff. vertretene Lehre vom Besitzwillen mit rückwirkender Kraft aus den bereits oben angegebenen Gründen rechtlich unhaltbar ist.

Schutz angesehen werden kann, und es muß insoweit festgestellt werden, daß in derartigen Fällen die von uns auf der Grundlage des § 854 Abs. 1 BGB aufgebaute Lehre vom Besitzerwerb eine Lücke aufweist. Es gibt nun aber kaum eine Institution oder Theorie, die allen Fällen des Lebens gerecht werden könnte; es erscheint uns jedenfalls vom wissenschaftlichen Standpunkt aus unverantwortlich, eine anders geartete, begrifflich unhaltbare und unserem Rechtsempfinden widersprechende Lehre zu vertreten, bloß weil durch sie einige Fälle mehr gedeckt werden als durch unsere Lehre; dabei muß daran erinnert werden, daß die Vorteile der uns entgegengesetzten Lehre durch ihren Nachteil, daß sie zum Teil zu rechtlich unmöglich vertretbaren Ergebnissen führt, wie z. B. zum Besitzerwerb g e g e n den Willen des Empfängers, wieder aufgewogen werden. Weder unsre Gegner noch wir sind imstande, a l l e Fälle befriedigend zu lösen; mag der Gesetzgeber die vorhandene Lücke durch neue einschlägige Sondervorschriften schließen, wenn ihm das praktische Bedürfnis zu deren Schaffung groß genug erscheint.

Auch nach O. von Gierke [82]) ist „die Erlangung einer tatsächlichen Gewalt, die als Besitz erscheinen soll, nicht ohne einen darauf gerichteten Willen möglich." Auch er scheidet scharf zwischen der bloßen objektiven Beherrschungslage, „Innehabung" oder „Gewahrsam" genannt, und dem Besitz. Gelangt eine Sache durch Zufall oder durch die willkürliche, aufdringliche Handlung eines Dritten (z. B. im Falle der unbestellten Zusendungen) in meine Gewaltssphäre, so liegt lediglich Innehabung vor, keineswegs aber schon Besitz, mag die Sache auch in noch so typischer Weise „zu meiner Verwendung bereit" erscheinen, wie wir hinzufügen können. Auch Jhering [83]), Kipp bei Windscheid [84]) und Kress [85]) halten einen Besitzerwerb ohne entsprechenden Besitzwillen nicht für möglich. Jhering insbesondere glaubt bereits, aus dem Worte „besitzen", d. h. sich auf etwas setzen, auf etwas sitzen, zwingend auf eine Willenstätigkeit schließen zu können. [86]) Ohne

82) § 115, II, S. 228 ff.
83) S. 22 ff.
84) § 153, III, S. 760 ff.
85) § 32, III, a bis c und 1 bis 5, S. 146 ff.
86) S. 23.

Zweifel kann neben dem von uns schon angeführten Argument aus dem Begriff des „Antritts der tatsächlichen Gewalt" auch dieses Wortargument Jherings zur Stützung unserer Theorie vom Besitzerwerb herangezogen werden; dieses Wortargument wiegt jedenfalls schwerer als das z. B. von Brodmann bei Planck [87]) aus dem Worte „erlangen" hergeleitete.

Ferner stimmen mit uns in der Lehre vom Besitzerwerb überein Rohde [88]), Wendt [89]), Endemann [90]) und Dernburg [91]). Die Ausführungen Dernburgs können jedoch nicht uneingeschränkt gebilligt werden. So hält Dernburg die objektive Beherrschungslage, die wir Innehabung oder Gewahrsam nennen, für eine Nebenform des Besitzes. Diese Auffassung wird mit Recht im Schrifttum allgemein abgelehnt. Entweder nimmt man an, zwischen Innehabung und Besitz besteht grundsätzlich kein Unterschied, dann sind beide Formen als vollwertiger juristischer Besitz anzusehen; oder man stellt sich auf unsern Standpunkt, daß Innehabung im Gegensatz zum Besitz lediglich in dem Vorliegen der objektiven Raumlage besteht, dann aber ist es wiederum unmöglich, den Besitz, d. h. die Raumlage, die wissentlich und willentlich hergestellt worden ist, als „vollkommenen Besitz" zu bezeichnen und die Innehabung als „unvollkommenen Besitz", wie Dernburg will; denn dieser unvollkommene „Besitz" ist dann eben in Wahrheit gar kein Besitz. Besitz ist danach also entweder ein „vollkommener" oder er ist überhaupt nicht vorhanden; die Aufstellung einer Unterart von „Besitz" ist ebenso überflüssig wie irreführend und von keinem Gesichtspunkt aus gerechtfertigt. Dernburg hat offenbar aus praktischen Erwägungen heraus das Bedürfnis verspürt [92]), in einer Reihe von Fällen, in denen

87) Anm. 2 zu § 854 BGB, S. 38.
88) S. 39ff.
89) S. 79ff.
90) 4, § 34, 1a, S. 174ff.
91) § 17, S. 62ff.
92) was durchaus verständlich erscheint, wie wir es z. B. in dem Fall des heimlichen Zusteckens eines Geldscheins von seiten des Vaters in die Manteltasche des Sohnes auch empfunden haben, ohne uns jedoch lediglich auf Grund einer gewissen praktischen Unvollkommenheit unserer Theorie in diesem oder jenem Falle zur Schaffung einer Besitzerwerbslehre verleiten zu lassen, die vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus unhaltbar ist. Dem Rechtsleben wird durch eine gewisse beschränkte praktische Anwendbarkeit einer in sich

Besitz nicht vorlag, die mit dem Besitz verbundenen Rechte dennoch zur Anwendung kommen zu lassen, ohne daß er aber andererseits von der grundsätzlichen Anschauung abgehen wollte, daß zum Besitzerwerb stets ein entsprechender Besitzwille erforderlich sei. So schuf er den Begriff des „unvollkommenen Besitzes", der in dem gesamten einschlägigen Schrifttum einzig dasteht und auch von keiner Seite aus verwertet worden ist.

Mit der von uns vertretenen Auffassung vom Erwerbe des Besitzes stimmen ferner im Ergebnis überein: Hedemann [93]), Landsberg [94]), Loewenwarter [95]), Cosack - Mitteis [96]), Fischer - Henle - Titze [97]), Affolter [98]), Eck (R. Leonhard) [99]), Sokolowski [100]), Kuhlenbeck [101]), de Boor [102]), Müller [103]), Ebbecke [104]), Manigk [105]), Bunsen [106]), Bruns [107]), Rotering [108]) und Zitelmann [109]).

Die Ansicht Kohlers [110]) tritt nicht klar hervor, doch scheint er mehr zu der von uns vertretenen Ansicht hinüberzuneigen, geht aber darin zu weit, daß er Besitzerwerb auch an den versehentlich in meinen Briefkasten geworfenen, an andere adressierten Briefen in meiner Person eintreten läßt.

---

klaren und geschlossenen und wissenschaftlich unanfechtbaren Theorie nicht so sehr geschadet wie durch die Aufstellung von praktisch vielleicht etwas weiterreichenden, aber logisch in sich widerspruchsvollen und in ihrer theorethisch-wissenschaftlichen Fundierung und ihren konstruktiven Konsequenzen schwer zu verantwortenden Lehren.

93) § 45, I, b, S. 454; vgl. aber auch die zu der in JW 1925, S. 784ff abgedruckten Entscheidung des Kammergerichts gemachten Ausführungen.
94) § 170, I, 1, e, bb, S. 326.
95) Lehrkommentar, 4. Bd., zu § 854 BGB, S. 5.
96) 2, a, α, § 6, II, 1—3, S. 23ff.
97) Anm. 3 zu § 854 BGB, S. 486.
98) in ArchbürgR, Bd. 17, S. 1ff.
99) S. S. 4 bis 6.
100) S. 298ff.
101) § 8, II, 1, S. 443.
102) § 100, I, 1 und 2, S. 194.
103) III, 1, A, a, S. 10ff.
104) 2, S. 264.
105) § 161, S. 655.
106) S. 86 und „Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich", § 3, S. S. 14 und 15.
107) § 5, S. 79.
108) S. 90ff.
109) S. 21.
110) § 11, II, S. 36.

Von den einschlägigen Dissertationen kommen u. a. zu dem gleichen Ergebnis wie wir: Frank [111]), Berg [112]) und Sebastian [113]).

4. Die Lösung einiger im Schrifttum gebildeter Fälle im Sinne unserer Theorie vom Besitzerwerb.

Wir wollen nunmehr die im Schrifttum gebildeten Fälle nach Maßgabe unserer Lehre vom Besitzerwerb zu lösen versuchen und dabei prüfen, ob die Vertreter der uns entgegengesetzten Lehrmeinung tatsächlich mit ihrer Behauptung recht behalten, daß ein großer Teil der von ihnen angeführten Beispiele mit Hilfe unserer Konstruktion nicht befriedigend gelöst werden könne. Dabei können wir an dieser Stelle von einer Untersuchung der bereits in den vorangegangenen Abschnitten der Arbeit speziell und erschöpfend behandelten Beispiele absehen. Es waren dies der Fall der in den Wohnungsbriefkasten geworfenen Sachen, der Fall der in meine Wohnung eingebrachten unbestellten Zusendungen und in meinen Räumen abgelegten Sachen meiner Gäste und Kunden, der Fall der in meinem Stalle geborenen Jungtiere und daselbst gelegten Eier, der Fall des in meinem Garten liegenden Fallobstes und endlich der Fall des heimlich in meine Tasche gesteckten Geldes, bezw. der heimlich in meinen Schrank gelegten Sachen. Von den noch nicht speziell und erschöpfend erörterten Fällen sei hier zunächst der des Erwerbs an Fischen in ausgestellten Netzen und an Wild in Fallen, Gruben u. ä. behandelt.

Es handelt sich bei diesem Fall um die gleiche tatsächliche Lage wie beim Erwerb von Sachen durch aufgestellte Sammelbüchsen, Automaten und Briefkästen; er erfährt demgemäß auch völlig die gleiche, bereits weiter oben entwickelte, juristische Behandlung. Wer eine Vorrichtung, ein Gerät oder einen irgendwie gearteten Mechanismus zum Erwerbe irgendwelcher Sachen aufstellt, gibt damit sichtbar den von vornherein gefaßten generellen Willen kund, Besitzer aller Sachen zu werden, die normalerweise erwartungsgemäß in die Vorrichtung hineingeraten, bezw. von dem Mechanismus aufgefangen

111) S. 9ff.
112) S. 22ff und insbes. S. 32.
113) S. 18ff.

werden. Der Besitzerwerb tritt somit in demselben Zeitpunkt ein, in dem die Sache in die Vorrichtung gerät, auch ohne daß der Erwerber in diesem Augenblick sein Wissen und seinen speziellen Willen auf den automatischen Erwerbsvorgang zu konzentrieren braucht. Im einzelnen vgl. hierzu insbesondere das in den Abschnitten II und III der Arbeit über den Besitzerwerb an den in meinen Briefkasten gelangenden Sachen Gesagte.

Weiter findet sich im Schrifttum immer wieder das Beispiel von dem mir gestohlenen Hund, der sich ohne mein Wissen zur Nachtzeit wieder in meinem Gehöft einfindet. Ohne Frage versagt für dieses Beispiel die unmittelbare Anwendung der für den Briefkastenfall gefundenen Konstruktion; denn man kann nicht sagen, daß in dem Aufstellen der Hundehütte oder in dem Herrichten eines Ruheplatzes für den Hund der von vornherein gefaßte und erkennbar geäußerte Wille sich verkörpere, bei einem Diebstahl den sich vielleicht wieder einfindenden Hund von diesen Einrichtungen entgegennehmen zu lassen. Weder der Hof oder das Haus im ganzen, noch die Hundehütte oder die Hundelagerstatt im einzelnen können als im Sinne einer Besitzerwerbsbereitschaft generell empfangsbereite Geräte wie etwa der Briefkasten oder die Tierfalle und die Tiernetze angesehen werden; im Gegensatz zu diesen Vorrichtungen sind auch Haus und Hof, Hundehütte und Hundelagerstatt genauso wie die Manteltasche, der Schrank oder der Tresor lediglich einen entsprechenden Besitzerhaltungswillen verkörpernde Besitzerhaltungsgeräte, nicht aber einen Besitzerwerbswillen verkörpernde Besitzerwerbsgeräte.

War beim Briefkasten, bei der Falle und dem Netz der Charakter des Empfangsgerätes augenscheinlich, ließ er sich sodann bei dem von den eigenen Bäumen in den Garten fallenden Obst, den im Stalle gelegten Eiern und geborenen Jungtieren noch ohne Schwierigkeit aus der wirtschaftlichen Zweckrichtung des Ganzen als sichtbar vorhanden festzustellen, so versagte diese Konstruktion, wie wir sahen, jedoch bereits gänzlich in den heimlich in die Tasche gesteckten Sachen; auch in dem Falle des sich wieder einfindenden Hundes bleibt sie völlig unanwendbar, will man nicht mit lebensfremden Vorstellungen und unhaltbarer Konstruktionswillkür arbeiten. Tatsächlich läßt sich mit Hilfe unserer Lehre ein Besitzerwerb an

dem zurückgekehrten Hund [114]) nicht konstruieren; denn der Wiedererwerbswille besteht zwar regelmäßig ohne Zweifel, ist aber in keiner Weise nach außen hin in erkennbarer Weise geäußert worden. Ein bloß gefaßter, lediglich im Bewußtsein vorhandener, aber nicht in erkennbarer Weise geäußerter Wille reicht aber zum Besitzerwerb selbst dann nicht aus, wenn man den nicht in erkennbarer Weise geäußerten Besitzerwerbswillen auch regelmäßig ohne jeden Zweifel als tatsächlich vorhanden ansehen kann; denn wie im gesamten übrigen Rechtsgebiet nur der in erkennbarer Weise geäußerte Wille rechtlich beachtlich ist, so muß auch im Besitzrecht an diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz festgehalten werden. Die Grundsätze, nach denen im gesamten übrigen Recht regelmäßig eine neue rechtliche Situation eintritt, müssen auch im Besitzrecht Geltung behalten. Mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, insbesondere die im Verkehr erforderliche klare Erkennbarkeit der Verhältnisse und auch mit Rücksicht auf die Beweisführungsmöglichkeit im Prozeß ist der Grundsatz, daß nur der auch erkennbar geäußerte Wille rechtliche Beachtung verdient, geschaffen worden; aus den gleichen Gründen halten wir auch im Besitzrecht an diesem wichtigen Grundsatz fest, wobei in dem Hundefall und den ihm verwandten Fällen der als vorhanden zu unterstellende Erwerbswille selbst mit Rücksicht auf die Tatsache, daß er doch auch aus dem vor dem Abhandenkommen des Hundes in dem Aufstellen der Hütte usw. dauernd sichtbar geäußerten Erhaltungswillen von der Allgemeinheit gefolgert werden könne, dennoch rechtlich unbeachtlich bleiben muß, weil es an seiner konkreten Äußerung fehlt. Gierke [115]) will den Besitzerwerb in diesem Falle bejahen, weil hier dem „Willen des Erwerbers gemäß die Erlangung der Herrschaft durch Verwirklichung eines solchen Tatbestandes, wie er im Einzelfalle die Gewalt verschafft, als gewollt erscheint." Zweifellos ist in einem solchen Falle die Wiederherstellung der vorherigen räumlichen Lage gewollt; aber daß sie auch als gewollt *erscheint*, kann gerade nicht festgestellt werden. Gewiß „erscheint" die Wiederherstellung der vorherigen räumlichen Lage dem um die Dinge

114) ebensowenig an dem von einem Diebe zunächst gestohlenen, später aber reuevoll heimlich wieder zurückgebrachten Hunde.

115) § 115, II, S. 129, Anm. 9.

Wissenden oder sie hinterher Erfahrenden als gewollt; denn es erscheint jedem nur natürlich, daß ein bestohlener Hundebesitzer die Rückkehr seines Hundes herbeihofft. Dennoch „erscheint" dieser Wille nicht, d. h. er tritt nirgends mit geeigneter Deutlichkeit in allgemein erkennbarer Art und Weise der Umwelt gegenüber in Erscheinung. Nicht das bloße Entstehen, sondern auch das Sichtbarwerden des einmal gefaßten Besitzwillens ist aber gerade Voraussetzung für den Besitzerwerb.

Wird in unserem Beispiel der zurückgekehrte Hund von neuem entwendet, so stehen dem Eigentümer gegenüber der zweiten Entwendung keine Besitzschutzrechte mehr zu; er bleibt auf § 823 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 242 StGB angewiesen. Diese Lösung mag manchen befremden, sie kann aber im Interesse der Klarheit und Ungekünsteltheit unserer Besitzerwerbstheorie nicht geändert werden; aus ihr ergibt sie sich mit voller logischer Konsequenz.

Die Frage des Besitzerwerbes sodann an Sachen, die in andern Sachen gefunden werden [116]), z. B. beim Funde eines Ringes im Magen eines von mir gefangenen oder gekauften Fisches ist dahingehend zu lösen, daß ich Besitz an diesen Sachen erst in dem Augenblick erwerbe, in dem ich die entdeckte Sache zu besitzen mich entschließe und, diesen Entschluß zum Ausdruck bringend, in erkennbarer Weise mit ihr verfahre, d. h. sie aus dem Magen des Fisches entferne und z. B. in meinen Geldschrank lege; ebenso ist zu entscheiden, wenn jemand in der Muschel der von ihm im Geschäft gekauften oder im Lokal bestellten Auster eine Perle findet; im letzteren Falle wird man wohl, soweit die Klärung der Eigentumsverhältnisse in Frage steht, dem Gastwirt billigerweise ein ausschließliches Aneignungsrecht an der Perle zugestehen müssen [117]). Die Frage, ob ich den im Magen des Fisches gefundenen und an mich genom-

116) vgl. Höpker-Aschoff, S. 33.

117) Dieses Ergebnis ist allerdings nicht unbedingt befriedigend. Unser Rechtsempfinden verlangt vielleicht eher die Zubilligung eines ausschließlichen Aneignungsrechtes an den Perlentaucher oder seinen Auftraggeber oder an beide zu gleichen Teilen. Auch eine analoge Anwendung des § 984 BGB läßt sich vertreten, wobei allerdings schon wieder die Frage des Eigentums am Meeresboden außerhalb der Dreimeilenzone zu Zweifeln Anlaß geben würde. Eine einwandfreie Klärung der Eigentumsverhältnisse in solch einem Falle wird sich schwer finden lassen.

menen Ring als Eigenbesitzer oder als Fremdbesitzer sui generis für den Verlierer besitzen will, hat für die Frage des Besitzerwerbs als solchen keine Bedeutung. Da sich mein Besitzwille beim Erwerb des Fisches oder der Auster erkennbar nur auf diese, nicht aber auch auf möglicherweise von dem Fisch verschluckte Sachen oder in der Muschel befindliche Perlen bezogen hat, konnte der Besitzerwerb an den so gefundenen Sachen erst bei deren Entdeckung und unsichtbarer Ansichnahme eintreten.

Zu dem Beispiel [118]), daß mein Buchbinder zugleich mit den mir gehörigen, von ihm eingebundenen Büchern ohne mein Wissen und Wollen versehentlich auch fremde Bücher in meinen Bücherschrank stellt, ist folgendes zu sagen: An den fremden Büchern habe ich nicht Besitz erworben, weil sich mein Besitzerwerbswille, wie sich aus dem Inhalt des zwischen dem Buchbinder und mir abgeschlossenen Vertrages ergibt, nur auf meine eigenen Bücher erstreckt. Stellt der Buchbinder zugleich fremde Bücher in meinen Bücherschrank, so erwerbe ich an diesen lediglich die objektive Innehabung, nicht aber Besitz; man kann in diesem Falle dem Eigentümer der fremden Bücher bei erweiternder Auslegung des § 867 BGB auch auf Sachen, die in Wohnräume gelangt sind, lediglich die sich aus dieser Vorschrift ergebenden Ansprüche zubilligen, nicht aber die aus den §§ 985 ff. BGB, solange die fremden Bücher nicht von mir in Besitz genommen worden sind.

Werden, um ein weiteres, im Schrifttum vielfach erörtertes Beispiel heranzuziehen, von einem Mieter eines von mehreren Mietern bewohnten Wohnhauses bestellte Sachen, z. B. Kohlen, auf dem im Mittbesitz aller Mieter stehenden gemeinsamen Hofraum abgeladen, so erwirbt nur der Besteller der Kohlen Besitz an ihnen, weil nur bei ihm ein auf die Kohlen sich beziehender Besitzerwerbswille vorhanden ist. Obwohl der Hof im Mitbesitz aller Mieter steht, erwerben die übrigen Mieter keinen Mitbesitz an den Kohlen, weil ihnen ein auf einen derartigen Erwerb sich beziehender Wille fehlt. Doch ist dieser Fall mit äußerster Vorsicht zu behandeln; er ist ein Beispiel für Besitzerwerb an bestellten Sachen. Gelangen diese ohne Wissen des Bestellers in dessen Machtbereich, so ist die gleiche Lage gegeben, wie wenn die bestellte Zeitung in seinen Briefkasten und da-

118) vgl. z. B. Schröder, S. 35.

mit in sein Machtbereich gelangt. Durch den Briefkasten, d. h. durch die sichtbar angebrachte, unverkennbare Empfangsvorrichtung erwirbt der Besteller. Ohne besondere, die konkrete Erwerbsbereitschaft unzweideutig zum Ausdruck bringende Kennzeichen auf dem Hofe kann auch bei bestellten Kohlen Besitzerwerb bei Abladung der Kohlen auf dem Hofe noch nicht angenommen werden, da eine, den konkreten Besitzerwerbswillen erkennbar verkörpernde Erwerbsvorrichtung fehlt. Eine solche könnte z. B. in dem Offenlassen des vom Keller des Bestellers aus auf den Hof hinausgehenden Kohlenschluckers (eines zum Einschütten von Brennmaterial besonders geschaffenen Klappdeckels) erblickt werden. Da es häufig an der sichtbaren Aufstellung einer derartigen Empfangsvorrichtung fehlen wird, kann dementsprechend häufig der Besitzerwerb auch erst als in dem Augenblick des Beginns der Einbringung der Kohlen durch den Besteller selbst oder seine Beauftragten eingetreten angesehen werden. Bis dahin stehen die auf dem Hof abgeladenen Kohlen also regelmäßig in niemandes Besitz, insbesondere auch nicht im Mitbesitz aller Mieter als der Mitbesitzer an dem Hof, sondern lediglich in deren Mitgewahrsam. Der Hof als solcher ist eine Besitzerhaltungseinrichtung, keine Besitzerwerbseinrichtung, die mithin auch nur einen entsprechenden, sich auf die bereits innerhalb seiner Grenzen befindlichen Sachen (z. B. die Klopfstange zum Teppichklopfen) erstreckenden Besitzerhaltungswillen verkörpert.

IV. Die Stellungnahme der Rechtsprechung zu der Frage des Besitzerwerbs.

Von den weiteren, im Schrifttum angeführten Fällen sind die meisten bisher kaum praktisch geworden; von den vom Reichsgericht in dieser Frage entschiedenen Fällen sei zunächst auf die Entscheidung in Zivilsachen Bd. 106, S. 135 vom 2. 1. 1923 hingewiesen.

Der Sachverhalt ist folgender: Die Klägerin, die mit dem auswärts wohnenden und nur besuchsweise im elterlichen Hause verkehrenden Sohne des Beklagten verlobt war, verlangt nach Auflösung der Verlobung von dem Beklagten ihre, in der Wohnung des Beklagten in einem Zimmer, das der Sohn des Beklagten bei seinen Besuchen zu benutzen pflegte, während des Verlöbnisses dort niedergelegte und seitdem noch nicht wieder zurückerstattete Aussteuer, bestehend aus Bett- und Tischwäsche, Handtüchern usw., von dem Beklagten zurück. Der Beklagte behauptet, von dem Einbringen dieser Sachen in seine Wohnung nichts gewußt zu haben, da sie lediglich seinem Sohne übergeben worden seien. Während beide Vorinstanzen den Beklagten dem Klageantrag gemäß verurteilt hatten, hob das Reichsgericht das Berufungsurteil auf.

Es heißt in der Entscheidung auf S. 136 wörtlich:

„ . . . . Andererseits wird in Fällen der vorbezeichneten Art, wo nichts weiter vorliegt, als daß eine Sache in die Wohnräume ohne Wissen des Wohnungsinhabers gebracht worden ist, mangels jeglichen Beherrschungswillens von einem Besitze des Wohnungsinhabers an der Sache gar nicht die Rede sein können und noch weniger von der Annahme eines stillschweigend begründeten Verwahrungsvertrages . . . "

Wir sehen also aus dieser Entscheidung, daß auch das Reichsgericht [1]) die Auffassung vertritt, daß das bloße Hineingelangen einer Sache in eine Wohnung und damit das Entstehen der bloßen objektiven Raumlage für den

1) vgl. auch RGSt Bd. 3, S. 204.

Besitzerwerb nicht genügt, daß als Voraussetzung für den Besitzerwerb vielmehr die sichtbare Betätigung eines entsprechenden Besitzwillens angesehen werden muß.

Ein ähnlicher Sachverhalt liegt der in der Juristischen Wochenschrift von 1925, S. 784 ff. abgedruckten Entscheidung des Kammergerichts vom 14. 11. 1923 zugrunde: In dem Abort der dem Kläger gehörenden Gastwirtschaft war eine Halskette zurückgelassen worden. Die Beklagte hatte diese dort gefunden und an sich genommen. Der Kläger verlangt von der Beklagten gemäß § 861 BGB Wiedereinräumung des ihm entzogenen Besitzes.

Die Klage wurde abgewiesen, weil der Gastwirt von dem Vorhandensein der Halskette in seinem Abort keine Ahnung gehabt hatte. Die unbewußte Innehabung einer Sache aber sei noch kein Besitz.

Wir sehen, daß auch diese Entscheidung [2]) mit der von uns vertretenen Lehre vom Besitzerwerb übereinstimmt; so heißt es auf S. 784 und S. 785 a. a. O. wörtlich:

„ . . . . Der Besitz einer Sache setzt in der Regel den Willen voraus, sie tatsächlich zu beherrschen. Wie aus den Bestimmungen des § 867 BGB ersichtlich wird, bedeutet die unbewußte Innehabung einer Sache regelmäßig noch keinen Besitz im Sinne des § 854 BGB. Allerdings ist denkbar, daß jemand an Sachen, die in den Bereich seiner tatsächlichen Innehabung gelangen, Besitz erwirbt, bevor er von der Innehabung der Sachen Kenntnis erhalten hat. Es müssen dann aber Veranstaltungen getroffen sein, die einen allgemeinen, auf Empfang der betreffenden einzelnen Sache oder Sachen gerichteten Willen des Inhabers erkennen lassen . . . "

In der Entscheidung wird ein entsprechender Besitzwille zwar nur in der Regel als für den Erwerb des Besitzes erforderlich erachtet; die Entscheidung meint aber wohl mit den Ausnahmefällen, in denen auch die

---

2) Die gleiche Auffassung vom Besitzerwerb wird auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 41, S. 159 (OLG Breslau) vertreten, während allerdings überraschenderweise in der in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1903, S. 21 ff abgedruckten Entscheidung des Kammergerichts auf S. 21 daselbst offenbar der entgegengesetzte Standpunkt entwickelt wird.

unbewußte Innehabung einer Sache bereits den Besitz der Sache verschafft, die von ihr selbst weiter unten [3]) angeführten Fälle, in denen durch Aufstellung von irgendwelchen Geräten Besitz erworben wird. Das erhellt daraus, daß die Entscheidung als Beispiel für einen derartiger Besitzerwerb durch Eintritt der bloßen objektiven Raumlage die von uns bereits behandelten Fälle des Besitzerwerbs durch Briefkästen, Sammelbüchsen, Wildfallen u. ä. anführt.

Die Entscheidung wird von Hedemann in einer Anmerkung, S. 784 ff. a. a. O. gemißbilligt. Hedemann behauptet u. a., daß für die Lehre, die für den Besitzerwerb Wissen und Willen voraussetzt, das Genügenlassen eines allgemeinen Willens, z. B. beim Erwerb durch Briefkästen, widerspruchsvoll wäre. Dem ist zu entgegnen, daß es sich bei dem Genügenlassen eines derartigen generellen Willens keineswegs um eine, den Forderungen der subjektiven Theorie im Prinzip logisch widersprechende Ansicht handelt, sondern lediglich um eine Modifikation dieser Theorie.

Wie der im voraus sichtbar gemachte generelle Wille für den später erwartungsgemäß eintretenden Erwerb genügt, so muß umsomehr auch das im voraus sichtbar gemachte generelle Wissen um den später erwartungsgemäß eintretenden Erwerb für das Entstehen des Besitzes genügen. Hedemann vertritt in seiner Anmerkung auf S. 784 ff. a. a. O. die objektive Theorie vom Besitzerwerb: [4]) Das Hineingelangen der Sache in den objektiven „Herrschaftskreis", in die „Betriebssphäre" genüge bereits zum Besitzerwerb. Aber auch vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus, meint Hedemann, könne, wenn man einen „allgemeinen Willen" für ausreichend erachten will, Besitzerwerb an der Halskette angenommen werden, weil es doch als durchaus möglich angesehen werden könne, daß der Gastwirt einen allgemeinen Willen habe, daß alle auf seinem Grundstück zurückgelassenen Gegenstände in seinen Besitz fallen.

Demgegenüber ist der immer wieder in dieser Arbeit betonte Grundsatz hervorzuheben, daß es nicht genügt, daß der Wille gefaßt ist, sondern daß es er-

3) S. 785 a. a. O.
4) Auffallenderweise im Gegensatz zu der in seinem Lehrbuch, § 45, I, b, S. 454 vertretenen Ansicht.

forderlich ist, daß der gefaßte Wille auch sichtbar gemacht, d. h. in erkennbarer Weise geäußert wird. Der Gastwirt hat seinen möglicherweise vorhandenen Willen, an allen, auf seinem Grundstücke zurückgelassenen Sachen Besitz erwerben zu wollen, aber keineswegs in erkennbarer Weise dargetan [5]).

Auch die weiteren allgemeinen Argumente Hedemanns, daß der Gastwirt doch eher als der zufällige Nachbesucher des Abortraumes als dazu befugt angesehen werden müsse, die Halskette in seine Obhut zu nehmen, und daß sich die Verliererin ja auch wohl zuerst an ihn wenden wird, können nicht als Beweise für einen Besitzerwerb seitens des Gastwirtes angesehen werden. Gewiß ist zuzugeben, daß man nach unserem Rechtsgefühl den Gastwirt als den zur Inbesitznahme der Kette Nächstberufenen ansehen kann, und daß auch die Verliererin sich zunächst an ihn wenden wird; doch solche allgemeinen rechtlichen Empfindungen können für die Stützung einer Ansicht allein nicht ausschlaggebend sein. Sie sind als Argumente rechtlich bedeutungslos. Da die bloße räumliche Beziehung zum Besitzerwerb nicht genügt, und der Gastwirt die Halskette nicht in Besitz genommen hatte, konnte er keine Besitzschutzrechte daran geltend machen.

Die Anmerkung Hedemanns kann die Richtigkeit der oben zitierten Entscheidung nicht erschüttern.

---

5) Wie in dem Falle mit dem heimlich in die Manteltasche gesteckten Geldschein und dem heimlich wieder zurückgekehrten, gestohlenen Hund so fehlt es auch hier insbesondere an irgendwelchen Besitzerwerbsvorrichtungen, die den möglicherweise vorhandenen, generellen Besitzerwerbswillen des Gastwirts erkennbar verkörpern.

C. Schlußbetrachtung.

Nach der Darstellung der im römischen und im deutschen Recht, im bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Materialien und im Schrifttum zu dem Problem gemachten Ausführungen haben wir nunmehr mit der Darstellung der vom Reichsgericht, Kammergericht und Oberlandesgericht Breslau vertretenen Auffassung vom Besitzerwerb das Ende unserer Untersuchungen erreicht.

Wir hatten es uns zur Aufgabe gemacht, die in der Hauptsache zum Erwerbe des unmittelbaren Besitzes erforderlichen Voraussetzungen an Hand des Gesetzes, der Rechtsprechung und der Wissenschaft durch Schaffung einer klaren, eindeutigen, sowohl wissenschaftlich unanfechtbaren wie praktisch verwertbaren und insbesondere auch vom Rechtsempfinden zu billigenden Theorie festzustellen.

Wir hoffen, dieser Aufgabe insbesondere durch Aufdeckung und Klarstellung der sowohl der gegnerischen, wie auch der mit uns übereinstimmenden Auffassung unterlaufenen logischen und rechtlichen Fehlkonstruktionen in ihren Voraussetzungen und Folgerungen durch eingehende Widerlegung rechtlich nicht bedenkenfreier Behauptungen und kritische Untersuchung umstrittener Dogmen unter Zuhilfenahme der von uns aufgestellten Theorie nach Möglichkeit gerecht geworden zu sein. Wenn wir auch keineswegs anzunehmen berechtigt sind, die vorliegende Streitfrage endgültig gelöst zu haben, so hoffen wir doch, zur Förderung ihrer gegenwärtigen Klärung und damit zugleich zur Förderung ihrer dereinstigen Lösung einen verwertbaren Beitrag geliefert zu haben.